

Jürgen Habermas

DIREITO E DEMOCRACIA

Entre facticidade e validade

Volume II

Tradução:

FLÁVIO BENO SIEBENEICHLER – UGF

CATALOGAÇÃO NA FONTE
DO
DEPARTAMENTO NACIONAL DO LIVRO

H114d Habermas, Jürgen, 1929-

Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume II
/ Jürgen Habermas; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. –
Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

354 p. ; cm. – (Biblioteca Tempo Universitário; 102)

ISBN 85-282-0095-7

Inclui bibliografia.

1. Sociologia jurídica. 2. Direito – Metodologia. 3.
Comunicação. I. Título. II. Série.

CDD – 340.115

TEMPO BRASILEIRO
Rio de Janeiro – RJ – 1997



NOTA DO TRADUTOR

Traduzido do original alemão: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. 4ª edição revista e complementada por um pós-fácio e uma lista bibliográfica, Frankfurt/M, Ed. Suhrkamp, (1992) 1994

Capa:

Antônio Dias com montagem de VIDA Informática
(vista de Frankfurt, às margens do Main)

Revisão:

Daniel Camarinha da Silva

© Copyright:

Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main 1992 (Todos os direitos reservados)

Este livro foi traduzido da 4ª edição revista e complementada por um pós-fácio e uma lista bibliográfica.

A tradução brasileira de “Faktizität und Geltung”, de Habermas, dividida em dois volumes, inclui não somente o pós-fácio à quarta edição, mas também os Estudos Preliminares e Complementares I, II e III, omitidos parcial ou totalmente por outras traduções.

A razão dessa inclusão deve ser buscada no fato de que tais “Estudos” são considerados não somente importantes, mas necessários para uma melhor compreensão dos nove capítulos que configuram o sistema e a arquitetura da filosofia do direito habermasiana.

O tradutor deseja agradecer à Universidade Gama Filho e ao CNPq pelo apoio recebido.

Direitos reservados às
EDIÇÕES TEMPO BRASILEIRO
Rua Gago Coutinho, 61 – Laranjeiras
Tel.: (021) 205-5949 Fax: (021) 225-9382
Caixa Postal 16099 – CEP 22221-070
Rio de Janeiro – RJ – Brasil

SUMÁRIO

VII. POLÍTICA DELIBERATIVA - UM CONCEITO	
PROCEDIMENTAL DE DEMOCRACIA.....	9
I. Modelos de democracia: empirismo <i>versus</i> normativismo ..	10
II. O processo democrático e o problema de sua neutralidade ..	25
III. Sobre a tradução sociológica do conceito normativo de política deliberativa.....	42
VIII O PAPEL DA SOCIEDADE CIVIL E DA ESFERA PÚBLICA	
PÚBLICA POLÍTICA	57
I. A democracia no crivo das teorias sociológicas.....	59
II. Um modelo de circulação do poder político	73
III. Atores da sociedade civil, opinião pública e poder comunicativo.....	91
1. O conceito “esfera pública”	92
2. O conceito “sociedade civil”	99
3. Barreiras e estruturas de poder que surgem no interior da esfera pública.....	106
4. Superação das barreiras em situações críticas	113
5. Síntese dos elementos a serem levados em conta pelo sistema jurídico	119
IX PARADIGMAS DO DIREITO	123
I. Materialização do direito privado	127
II. A dialética entre igualdade de fato e de direito. O exemplo das políticas feministas visando à igualdade entre os sexos	147
III. Crise do Estado de direito e compreensão procedimentalista do direito	170
1. Opiniões sobre a crise do Estado de direito	173

2. A “perda de validade da constituição” na interpretação do paradigma procedimentalista	181
3. Considerações sobre o sentido do “projeto” de uma comunidade jurídica que se organiza a si mesma	188

ESTUDOS PRELIMINARES E COMPLEMENTOS

I DIREITO E MORAL (TANNER LECTURES, 1986).....	193
Primeira aula: como é possível a legitimidade através da legalidade?	193
I. O conceito weberiano de racionalidade do direito	194
II A “desformalização” do direito à luz de três interpretações diferentes	204
III. Questões prévias sobre a racionalidade de processos institucionalizados através do direito	214
Segunda aula: A idéia do Estado de direito	221
I. Autonomia sistêmica do direito?.....	222
II. Razão e positividade: sobre o entrelaçamento entre direito, política e moral	230
III. A substituição do direito racional pela idéia do Estado de direito	24
II A SOBERANIA DO POVO COMO PROCESSO (1988).....	249
III CIDADANIA E IDENTIDADE NACIONAL (1990).....	279
I. Passado e futuro do Estado nacional.....	280
II. Estado nacional e democracia na Europa unificada	289
III. Imigração e chauvinismo do bem-estar: um debate	297
POSFÁCIO	307
BIBLIOGRAFIA	327
ÍNDICE ONOMÁSTICO	347

VII. POLÍTICA DELIBERATIVA – UM CONCEITO PROCEDIMENTAL DE DEMOCRACIA

A análise das condições da gênese e da legitimação do direito concentrou-se na política legislativa, deixando em segundo plano os processos políticos. E minha teoria do direito descreve essa política como um processo que envolve negociações e formas de argumentação. Além disso, a criação legítima do direito depende de condições exigentes, derivadas dos processos e pressupostos da comunicação, onde a razão, que instaura e examina, assume uma figura procedimental. Contudo, não expliquei como esse conceito procedimental, repleto de idealizações, pode relacionar-se com pesquisas empíricas, as quais entendem a política como uma arena, na qual se desenrolam processos de poder, e a analisam levando em conta controvérsias estratégicas guiadas por interesses ou por operações sistêmicas. Não pretendo desdobrar essa questão seguindo o modelo de uma *contraposição* entre ideal e realidade, pois o conteúdo normativo, evidenciado pelas reconstruções iniciais, está inserido parcialmente na facticidade social dos próprios processos políticos observáveis. Por conseguinte, uma sociologia reconstrutiva da democracia tem que escolher seus conceitos básicos de tal modo que estes permitam identificar nas práticas políticas fragmentos e partículas de uma “razão existente”, mesmo que distorcida. E tal procedimento não necessita da cobertura de uma filosofia da história, pois se apóia unicamente na premissa, segundo a qual o modo de operar de um sistema político, constituído pelo Estado de direito, não pode ser descrito adequadamente, nem mesmo em nível empírico, quando não se leva em conta a dimensão de validade do direito e a força legitimadora da gênese democrática do direito.

Até o momento, adotamos a linha de uma teoria do direito que discute a tensão entre facticidade e validade no âmago do próprio direito. Nas páginas seguintes tomaremos como tema a relação *externa* entre facticidade e validade, ou seja, a tensão entre a autocompreensão normativa do Estado de direito, explicitada na teoria do discurso, e a facticidade social dos processos políticos – que se desenrolam nas formas constitucionais. Isso nos remete à linha teórico-social dos capítulos iniciais, onde a visão da teoria do direito nos levava a concluir que o sistema dos direitos tem que ser configurado em constituições históricas e implementado em ordens institucionais. Não me deterei numa doutrina constitucional comparada, nem numa análise política das instituições; ao invés disso, tentarei descobrir as pontes que permitem passar dos modelos normativos da democracia para os das teorias sociais da democracia, e vice-versa. Até agora discutimos processos da produção, da alocação e do emprego do poder político sob pontos de vista da organização do Estado de direito. Tratava-se de regulações normativas da relação entre o poder comunicativo, administrativo e social. Ora, a sociologia política trata dos mesmos problemas de um ângulo diferente.

Antes de entrar propriamente na “democracia realista” (cf. Cap. VIII), gostaria de preparar, passo a passo, a necessária mudança de perspectivas. Inicialmente critico um princípio empiricamente mitigado de democracia, o qual reduz a legitimidade democrática do poder e do direito (Seção I). Passo a desenvolver, a seguir, e apoiando-me numa comparação entre modelos normativos de democracia, um conceito procedimental de democracia, o qual é incompatível com o conceito da sociedade centrada no Estado, e pretende ser neutro em relação a projetos de vida concorrentes (Seção II). Finalmente, tentarei acompanhar Robert Dahl, que procura traduzir sociologicamente, através de um teste empírico, a compreensão procedimental da democracia, com a finalidade de “confrontar” a idéia da auto-organização de parceiros do direito, livremente associados, com a realidade de sociedades altamente complexas (Seção III).

I. Modelos de Democracia: Empirismo versus Normativismo

Tomo como ponto de partida a idéia de que o nexu constitutivo entre poder e direito adquire relevância empírica por dois

caminhos: através dos pressupostos pragmáticos teoricamente inevitáveis que acompanham a instauração legítima do direito e através da institucionalização da correspondente prática de autodeterminação de pessoas privadas. Tal idéia corre o risco de ser tendenciosa, uma vez que exclui de antemão uma estratégia conceitual empírica. Além disso, ela exclui do conceito do poder a autoridade normativa que lhe advém através de sua ligação interna com o direito legítimo. No entanto, as teorias empiristas do poder, cunhadas pela teoria do sistema ou pela teoria da ação, não ignoram a impregnação normativa do poder político estruturado conforme o direito, apenas o reduzem ao poder social. Existe uma interpretação, segundo a qual o “poder social” se expressa na força de imposição de interesses superiores, que podem ser defendidos de modo mais ou menos racional; pode-se, pois, conceber o “poder político” como uma forma de poder social abstrato e duradouro, que permite intervenções no “poder administrativo”, isto é, nos cargos organizados de acordo com as competências. Na perspectiva empirista do observador, nem a pretensão de legitimidade do direito, que se comunica ao poder político através da forma do direito, nem a necessidade de legitimação, a ser preenchida através do recurso a determinadas medidas de validade, são descritas na perspectiva dos participantes, ou seja, nesta perspectiva as condições da aceitabilidade do direito e da dominação política transformam-se em condições de aceitação, e as condições de legitimidade, em condições para a estabilidade de uma fé da maioria na legitimidade da dominação. Teremos ocasião de constatar que uma análise levada a cabo com esses meios conceituais (ou semelhantes) pode submeter a autocompreensão normativa do Estado democrático de direito a uma crítica esclarecedora.¹

Entretanto, o mesmo não acontece com uma teoria da democracia, delineada normativamente, cujos conceitos empiristas e cujo olhar objetivador são *tomados de empréstimo* às ciências sociais. Ela pretende demonstrar que as práticas democráticas podem ser legitimadas através de uma descrição empirista, na visão dos próprios participantes. Além disso, ela procura esclarecer por que as elites e os cidadãos devem ter interesse em contribuir

1 Cf. abaixo, Cap. VIII, p. 57ss.

massa. E se fosse possível fundamentar tal modelo de democracia, a questão acerca da relação entre facticidade e validade teria sido resolvida de modo elegante: não seria mais necessário tomar o conteúdo normativo do Estado de direito ao pé da letra.

Examinarei, em primeiro lugar, a consistência da fundamentação empirista das regras do jogo democrático, proposta por Werner Becker (1). O resultado dessa fundamentação é insatisfatório; por isso, teremos que retomar, num segundo momento, os três modelos normativos de democracia, que já conhecemos (2).

1

Becker utiliza-se de elementos empiristas para construir uma teoria normativa da democracia, isto é, delineada para fins de justificação. Assim como o poder em geral se manifesta na superioridade empírica do interesse mais forte, o poder do Estado se manifesta na estabilidade da ordem por ele mantida. A estabilidade vale como medida para a legitimidade. Pois a legitimidade do Estado mede-se objetivamente no reconhecimento fático por parte dos que estão submetidos à sua autoridade. Ela pode ir da simples tolerância até o livre assentimento. E as razões subjetivas desse assentimento legitimador pretendem validade no âmbito da respectiva “moldura cultural”, aceita em cada caso; elas subtraem-se, todavia, a uma avaliação objetiva. Qualquer legitimação é aceita, contanto que contribua eficazmente para a estabilização da autoridade política. E, de acordo com isso, uma ditadura que possibilitasse a estabilidade do Estado, no quadro de uma legitimação socialmente reconhecida, teria que ser tida como legítima. Pois, sob pontos de vista da teoria do poder, a qualidade das razões invocadas não tem significado empírico: “*Os liberais e os democratas enganam-se quando acreditam que as ditaduras somente sobrevivem sob a ‘proteção da baioneta’*”.²

A seguir, Becker introduz o conceito de democracia, analisando as regras que dirigem o jogo das eleições gerais, a concorrência entre os partidos e o poder da maioria. Apoiando-se numa compreensão empirista das normas sociais, segundo a qual a “validade” das normas

significa apenas que elas são sancionadas através do seu efeito estabilizador, a teoria não consegue captar que a sua tarefa consiste precisamente na justificativa normativa desse arranjo. Seu objetivo de prova se esgota na demonstração de que os envolvidos, mesmo quando se autodescrevem de modo empirista, podem ter boas razões para manter as regras estabelecidas numa democracia de massas. Isso vale, em primeiro lugar, para a manutenção dessas normas através dos partidos detentores do poder: “*O partido que está no poder jamais tenta limitar a atividade política dos cidadãos ou partidos, enquanto estes não ameaçarem derrubar o governo pela violência*”. E, de seu lado, os subordinados mantêm-se quietos: “*Os partidos que perderam as eleições jamais tentam impedir o partido vencedor de tomar posse, utilizando-se da violência ou de outros meios ilegais*”.³ Isso garante uma mudança pacífica do poder.

A fundamentação de Becker pode ser reconstruída como uma sequência em três tempos, cada um abrangendo dois momentos distintos: o primeiro momento consiste numa explicação objetiva; o segundo, na tentativa de traduzir *para os próprios participantes*, em termos de uma escolha racional, a explicação obtida na perspectiva do observador. A argumentação culmina num ponto de indiferença, onde a explicação objetiva pode ser aceita como uma explicação suficiente na perspectiva participante.

(a) As regras de uma democracia apoiada na concorrência, que obtém sua legitimidade a partir do voto da maioria, através de eleições livres, iguais e secretas, tornam-se plausíveis a partir de uma peculiar compreensão do mundo e de si mesmo. Tal compreensão apóia-se num “subjetivismo ético” que seculariza, de um lado, a compreensão judaico-cristã da igualdade de cada ser humano perante Deus e toma como ponto de partida a igualdade fundamental de todos os indivíduos; de outro lado, porém, ela substitui a origem transcendente de mandamentos obrigatórios através de um sentido imanente de validade, isto é, descobre a validade de normas na vontade dos próprios sujeitos. Na interpretação empirista, a compreensão moderna da liberdade significa, entre outras coisas, que “*a validade das ... normas, aceitas pela pessoa humana singular, é produzida por ela mesma através do seu livre assenti-*

2 W. Becker. *Die Freiheit, die wir meinen*. Munique, 1982, 61.

3 Becker (1982), 68.

mento”.⁴ São os próprios indivíduos que produzem a validade normativa, através de um ato de livre assentimento. Tal compreensão voluntarista da validade desperta uma compreensão positivista do direito: vale como direito tudo aquilo e somente aquilo que um legislador político, eleito conforme as regras, estabelece como direito. No sentido do racionalismo crítico, no entanto, essa tradução não se justifica racionalmente, pois é expressão de uma decisão ou de um elemento cultural que se impõe faticamente.⁵

Quando os envolvidos e afetados desejam apropriar-se dessa explicação na perspectiva de participantes, caem na tentação de procurar argumentos para o subjetivismo ético, apoiando-se em direitos humanos suprapositivos ou num ponto de vista moral explicitado deontologicamente, segundo o qual só é válido aquilo que *todos* poderiam querer. Os empiristas ensinam, todavia, que tais saídas racionalistas os impediriam de entender a contingência insuperável daquilo que eles têm como normativamente válido. Entretanto, essa consciência da contingência leva os participantes do processo democrático a se sentirem insatisfeitos com a explicação objetiva oferecida. Eles necessitam de pelo menos uma explicação racional que os faça entender por que as normas impostas através da maioria devem ser aceitas como válidas pela minoria vencida.

(b) Quando se pressupõe um conceito voluntarista de validade normativa, a pretensão de validade das decisões da maioria não pode ser fundamentada apelando-se para o bem comum, para as vantagens coletivas ou para a razão prática; pois seriam necessárias medidas objetivas. Becker esclarece a aceitação da regra da maioria introduzindo a idéia da domesticação da luta pelo poder. De acordo com os pressupostos do subjetivismo ético, quando cada um dispõe do mesmo poder, as vozes da maioria constituem uma expressão numérica impressionante de força superior: “*Se vemos as coisas desta maneira, então a justificação dos processos democráticos vive da ... ameaça da maioria de romper o acordo que prevê a renúncia ao poder, quando as coisas não caminham de acordo com sua vontade ... Nesta linha, a democracia significa*

simplesmente que uma parte do povo domina temporariamente a outra parte”.⁶ Ora, quando consideramos o efeito social e psicologicamente intimidatório do partido numérico e, ao menos simbolicamente, mais forte, sob o pano de fundo da ameaça de uma guerra civil, parece que o poder da maioria, limitado no tempo, se recomenda como uma “solução aceitável da questão do poder”, inclusive para a minoria.

E se todos consideram a domesticação de conflitos violentos como um objetivo prioritário, esta interpretação hobbesiana da regra da maioria pode tornar-se plausível também na perspectiva dos participantes. Todavia, aos olhos dos que participam do processo democrático, a explicação continua insatisfatória enquanto não se esclarecer de que modo as minorias podem ser protegidas da tirania da maioria, por mais pacífica que esta seja. Além disso, deve haver garantias de que os partidos litigantes se submeterão de fato à regra da maioria.

(c) Para proteger as minorias, Becker recorre às liberdades fundamentais clássicas. Maiorias para garantir interesses de minorias surgem do medo da respectiva maioria de tornar-se ela mesma minoria. É preciso evitar o risco de uma perpetuação de maiorias tirânicas, pois tanto a maioria, como a minoria, têm que ser motivadas a ater-se às regras do jogo estabelecidas – a maioria, através do medo de perder seu poder, e a minoria, através da perspectiva de uma mudança do poder. As condições para uma mudança de governo podem ser preenchidas na medida em que as elites concorrentes dividem os eleitores em vários partidos que seguem diferentes ideologias visando conquistar maiorias e utilizando meios programáticos – via de regra através da promessa de compensações sociais. A obtenção da legitimidade envolve um conjunto de meios “político-ideológicos” e “político-sociais”. E esse contexto resulta principalmente do fato de que a satisfação de interesses sociais através de políticas de distribuição não é, em última instância, algo meramente objetivo, necessitando, pois, de uma interpretação ideologicamente convincente.

Todavia, essa explicação objetiva da proteção de minorias e da mudança do poder é talhada conforme os interesses de elites

4 *Ibid.*, 38.

5 *Ibid.*, 58.

6 Becker (1982), 77.

interessadas, antes de tudo, na conquista e na manutenção do poder. Ora, o que parece plausível aos olhos delas nem sempre convence os cidadãos. O público de cidadãos não se deixará mover para a participação no processo democrático, nem para suportá-lo benevolamente, enquanto ele for considerado apenas como uma presa político-ideológica dos partidos concorrentes. Ele quer ser *convencido* de que as políticas de um partido são melhores que as do outro, pois, para preferir um partido em detrimento de outro, são necessários bons argumentos. Com isso atingimos, finalmente, o ponto no qual aquilo que é evidente na perspectiva do observador não se deixa mais traduzir para um argumento convincente na perspectiva dos participantes. E, se forem salvaguardadas as premissas empíricas, tal tentativa leva a contradições.

(d) Pressupomos que a visão objetivadora não consegue atribuir à luta pelo poder dos partidos políticos uma dimensão de validade. Becker não se cansa de sublinhar que os argumentos políticos esgotam-se em sua função *retórica* de convencimento da esfera pública, não dependendo, pois, de uma aceitabilidade racional: *“Na democracia não se trata de conseguir a ‘verdade objetiva’ dos objetivos políticos. O que importa é, antes de tudo, produzir condições para a aceitação democrática dos objetivos perseguidos pelos partidos políticos. Nesta medida, os argumentos políticos não podem ser tomados como contribuições para o desenvolvimento de teorias ‘verdadeiras’; porém, são ‘armas’ que tentam evitar o emprego da violência”*.⁷ *“Os conceitos normativos da controvérsia política são vagos e têm um significado emotivo, pois destinam-se a criar laços entre a massa; por conseguinte, o discurso político possui ‘uma função psicológico-social, não cognitiva’*.”⁸

7 Ibid., 101.

8 Ibid., 104; cf. 155-156: “É desejável um pluralismo de cosmovisões, porque a legitimação democrática não pretende discutir teoricamente a ‘verdade’ de certas interpretações filosóficas ou religiosas, e sim, tratar de sua função como meios político-ideológicos, cuja difusão visa conseguir o assentimento da maioria para garantir as liberdades individuais no Estado. Não seriam desejáveis discussões públicas que visassem estabelecer a ‘correção’ ou ‘falsidade’ desses princípios éticos e culturais diferentes e até opostos”.

Becker tem que explicar por que os cidadãos em geral, e não apenas as elites, aceitam uma propaganda pseudo-argumentativa, mesmo após ter tomado consciência de seu sentido emotivo! Uma vez que os cidadãos esclarecidos avaliam friamente o processo político como sendo a formação de um compromisso, a autodescrição empirista não prejudica a sua motivação na participação. Ora, os compromissos também têm que ser fundamentados e, por isso, é necessário perguntar a seguir: o que fundamenta a sua aceitação? De um lado, não existe qualquer tipo de medida normativa capaz de avaliar a equidade de compromissos. A justiça social, por exemplo, é deslocada para o âmbito da retórica eficaz na propaganda: *“Na realidade política das democracias liberais (a justiça social) não passa de uma idéia sistematicamente supérflua”*.⁹ De outro lado, os participantes devem ter bons argumentos para assumir compromissos: *“Sob condições do pluralismo político e social da concorrência, a ‘justiça social’ implica simplesmente um equilíbrio equitativo de interesses de grupos sociais”*. Tal contradição não surge por acaso. Por isso, no final, Becker é obrigado a contrabandear uma certa “equidade”, isto é, a utilizá-la como medida de avaliação de compromissos, sem declará-la como tal: *“O sistema de regras do equilíbrio de interesses tem que vir acompanhado de uma ‘igualdade de armas’*. Todavia, não se necessita de uma medida unitária para a avaliação dos resultados do equilíbrio de interesses, conforme é sugerido pelo conceito de ‘justiça social’”. Está certo que os parceiros da negociação não necessitam dos mesmos argumentos para aceitar o resultado acordado numa negociação. Todavia, as considerações de bom senso e os argumentos que cada uma das partes coloca na sua perspectiva pressupõem tacitamente o reconhecimento mútuo das bases normativas, as quais justificam a imparcialidade do próprio processo, na medida em que explicam por que certos resultados, que surgiram conforme as exigências do processo, podem ser considerados equitativos.

Por conseguinte, o abismo que se abre entre aquilo que é afirmado na perspectiva do observador e aquilo que pode ser aceito na perspectiva de participantes, não pode ser coberto apenas através

9 Becker (1982), 186-187.

de considerações racionais teleológicas. Nisso se reflete a autocontradição performativa da teoria empírica da democracia, enunciada pelo próprio autor no subtítulo: os pressupostos da “decisão pela democracia”, proposta pelo livro, não permitem que ela seja entendida como uma decisão *fundamentada racionalmente*. Ora, se se trata de uma simples decisão, somos levados a perguntar com que tipos de texto o leitor está lidando. Tudo leva a crer que se trata de uma teoria filosófica destinada a explicitar e justificar as regras da democracia liberal. Porém, uma análise mais acurada da teoria do autor leva a concluir que ela não passa de uma “*propaganda* ideológica (elaborada) para a compreensão do Estado de direito do liberalismo”.

2

Podemos sintetizar o resultado de nossa análise, afirmando que os cidadãos racionais não teriam razões suficientes para manter as regras do jogo democrático, caso se limitassem a uma autodescrição empirista de suas práticas. Parece claro que uma teoria com pretensões de justificação não pode escamotear o sentido normativo genuíno da compreensão intuitiva da democracia. E, uma vez que o problema da relação entre norma e realidade não pode ser evitado pelo caminho das definições empiristas, temos que retornar aos modelos de democracia já introduzidos, os quais possuem um conteúdo normativo, para averiguar se as suas concepções implícitas de sociedade oferecem âncoras para uma ciência social.

De acordo com o resultado de nossas considerações sobre a teoria do direito, o processo da política deliberativa constitui o âmago do processo democrático. E esse modo de interpretar a democracia tem conseqüências para o conceito de uma sociedade centrada no Estado, do qual procedem os modelos de democracia tradicionais. No entanto, há diferenças, não somente em relação à concepção do Estado tido como protetor de uma sociedade econômica, como também em relação ao conceito republicano de uma comunidade ética institucionalizada na forma de Estado.¹⁰

10 D. Held. *Models of Democracy*. Oxford, 1987. Ao utilizar aqui, como também no capítulo anterior, o conceito de Estado “liberal”, tenho em mente o sentido de uma tradição que remonta a Locke,

Na perspectiva liberal, o processo democrático se realiza exclusivamente na forma de compromissos de interesses. E as regras da formação do compromisso, que devem assegurar a equidade dos resultados, e que passam pelo direito igual e geral ao voto, pela composição representativa das corporações parlamentares, pelo modo de decisão, pela ordem dos negócios, etc., são fundamentadas, em última instância, nos direitos fundamentais liberais. Ao passo que a interpretação republicana vê a formação democrática da vontade realizando-se na forma de um auto-entendimento ético-político, onde o conteúdo da deliberação deve ter o respaldo de um consenso entre os sujeitos privados, e ser exercitado pelas vias culturais; essa apreensão socialmente integradora pode renovar-se através da recordação ritualizada do ato de fundação da república. Ora, a teoria do discurso assimila elementos de ambos os lados, integrando-os no conceito de um procedimento ideal para a deliberação e a tomada de decisão. Esse processo democrático estabelece um nexo interno entre considerações pragmáticas, compromissos, discursos de auto-entendimento e discursos da justiça, fundamentando a suposição de que é possível chegar a resultados racionais e equitativos. Nesta linha, a razão prática passa dos direitos humanos universais ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade para as regras do discurso e as formas de argumentação, que extraem seu conteúdo normativo da base de validade do agir orientado pelo entendimento e, em última instância, da estrutura da comunicação lingüística e da ordem insubstituível da socialização comunicativa.

Em nosso contexto, é importante salientar que esse modo de descrever o processo democrático prepara as bases para uma conceitualização normativa do Estado e da sociedade. Pressupõe-se apenas uma administração pública do tipo “aparelho racional do Estado”, como a que se formou no início dos tempos modernos através do sistema europeu de Estados, e que se desenvolveu através de um entrelaçamento funcional com o sistema econômico capitalista.

Na visão republicana, a formação política da opinião e da vontade das pessoas privadas constitui o *medium*, através do qual

na qual, porém, não podem ser encaixados certos “liberais”, tais como Dworkin ou Rawls.

a sociedade se constitui como um todo estruturado politicamente. A sociedade é por si mesma sociedade política – *societas civilis*; pois, na prática de autodeterminação política dos sujeitos privados, a comunidade como que toma consciência de si mesma, produzindo efeitos sobre si mesma, através da vontade coletiva dos sujeitos privados. Isso faz com que a democracia seja sinônimo de auto-organização política da sociedade. Disso resulta uma *compreensão de política dirigida* polemicamente *contra o aparelho do Estado*. Podemos observar a linha dessa argumentação republicana em Hannah Arendt: a esfera pública política deve ser revitalizada contra o privatismo de uma população despolitizada e contra a legitimação através de partidos estatizados, para que uma cidadania regenerada possa (re)apropriar-se do poder burocratizado do Estado, imprimindo-lhe formas de uma auto-administração descentralizada. Isso pode transformar a sociedade numa totalidade política.

Na visão liberal, essa separação polêmica entre aparelho do Estado e sociedade, que aparentemente não pode ser eliminada, tem que ser superada pelo processo democrático. O equilíbrio regulado do poder e dos interesses necessita evidentemente de uma canalização através do Estado de direito. A formação democrática da vontade de cidadãos auto-interessados, dominada por expectativas normativas relativamente fracas, constitui apenas um elemento no interior de uma constituição destinada a disciplinar o poder do Estado através de medidas normativas (tais como direitos fundamentais, divisão dos poderes, vinculação à lei, etc.), e a mover, através da concorrência entre os partidos, o governo e a oposição a respeitar adequadamente os interesses sociais e os valores. Essa *compreensão da política, centrada no Estado*, pode prescindir da idéia aparentemente pouco realista de uma cidadania eficaz em termos de coletividade. Ela não se orienta pelo *input* de uma formação política racional da vontade, e sim pelo *output* de uma avaliação bem-sucedida das realizações da atividade do Estado. A argumentação liberal caminha numa direção oposta à do potencial estorvador de um poder do Estado que coloca obstáculos ao intercâmbio social espontâneo das pessoas privadas. O nervo do modelo liberal não consiste na autodeterminação democrática das pessoas que deliberam, e sim, na normatização constitucional e democrática de uma sociedade econômica, a qual deve garantir um bem comum apolítico, através

da satisfação das expectativas de felicidade de pessoas privadas em condições de produzir.

A teoria do discurso, que atribui ao processo democrático maiores conotações normativas do que o modelo liberal, as quais, no entanto, são mais fracas do que as do modelo republicano, assume elementos de ambas as partes, compondo-os de modo novo. Na linha do republicanismo, ela coloca no centro o processo político da formação da opinião e da vontade, sem porém entender a constituição do Estado de direito como algo secundário; conforme foi mostrado, ela entende os princípios do Estado de direito como uma resposta coerente à pergunta acerca do modo de institucionalização das formas pretensivas de comunicação de uma formação democrática da opinião e da vontade. Na teoria do discurso, o desabrochar da política deliberativa não depende de uma cidadania capaz de agir coletivamente e sim, da institucionalização dos correspondentes processos e pressupostos comunicacionais, como também do jogo entre deliberações institucionalizadas e opiniões públicas que se formaram de modo informal. A proceduralização da soberania popular e a ligação do sistema político às redes periféricas da esfera pública política implicam a imagem de uma sociedade descentrada. Em todo o caso, esse modelo de democracia não precisa mais operar com o conceito de uma totalidade social centrada no Estado, representado como um sujeito superdimensionado e agindo em função de um objetivo. Ele também não representa a totalidade num sistema de normas constitucionais que regulam de modo neutro o equilíbrio do poder e dos interesses segundo o modelo do mercado. Pois, a teoria do discurso dispensa os clichês da *filosofia da consciência* que recomendam que atribuamos, de um lado, a prática de autodeterminação dos sujeitos privados a um sujeito da sociedade tomada como um todo, e, de outro lado, que imputemos a dominação anônima das leis a sujeitos particulares que concorrem entre si. No primeiro caso, a cidadania é vista como um ator coletivo que reflete a totalidade e age em função dela; no segundo, os atores singulares funcionam como variável dependente em processos do poder que se realizam cegamente porque, além dos atos de escolha individual, existem decisões coletivas agregadas, porém não realizadas conscientemente.

A teoria do discurso conta com a *intersubjetividade* de processos de entendimento, situada num *nível superior*, os quais se

realizam através de procedimentos democráticos ou na rede comunicacional de esferas públicas políticas. Essas comunicações destituídas de sujeito – que acontecem dentro e fora do complexo parlamentar e de suas corporações – formam arenas nas quais pode acontecer uma formação mais ou menos racional da opinião e da vontade acerca de matérias relevantes para toda a sociedade e necessitadas de regulamentação. O fluxo comunicacional que serpeia entre formação pública da vontade, decisões institucionalizadas e deliberações legislativas, garante a transformação do poder produzido comunicativamente, e da influência adquirida através da publicidade, em poder aplicável administrativamente pelo caminho da legislação. Como no modelo liberal, as fronteiras entre “Estado” e “sociedade” são respeitadas; porém, aqui, a sociedade civil, tomada como base social de esferas públicas autônomas, distingue-se tanto do sistema econômico, como da administração pública. Dessa compreensão da democracia resulta a exigência normativa de um deslocamento de pesos nas relações entre dinheiro, poder administrativo e solidariedade, a partir das quais as sociedades modernas satisfazem suas necessidades de integração e de regulação. Aqui as implicações normativas são evidentes: a força social e integradora da solidariedade,¹¹ que não pode ser extraída apenas de fontes do agir comunicativo, deve desenvolver-se através de um amplo leque de esferas públicas autônomas e de processos de formação democrática da opinião e da vontade, institucionalizados através de uma constituição, e atingir os outros mecanismos da integração social – o dinheiro e o poder administrativo – através do *medium* do direito.

Essa colocação traz conseqüências para a compreensão da legitimação e da soberania popular. Na interpretação liberal, a formação democrática da vontade tem como função única a *legitimação* do exercício do poder político. Resultados de eleições autorizam a assunção do poder pelo governo, e este, por sua vez, tem que justificar perante a esfera pública e o parlamento o uso deste poder. Na interpretação republicana, a formação democrática da vontade tem

11 Nesta passagem, emprego o termo “solidariedade” no mesmo sentido utilizado nos dois primeiros capítulos desta obra (Vol. I), ou seja, como conceito de uma teoria da sociedade, não como um conceito puro e simplesmente normativo.

uma função muito mais importante, que é a de *constituir* a sociedade como uma comunidade política e manter viva, em cada eleição, a recordação desse ato fundador. Para exercer um mandato amplamente livre, o governo, além de receber o poder de escolher entre equipes de direção concorrentes, vincula-se programaticamente à realização de determinadas políticas. Ele é parte de uma comunidade política que a si mesma se administra, não a ponta de um poder do Estado, separado dos demais: é mais uma comissão do que um órgão do Estado. A teoria do discurso coloca em jogo uma outra idéia: para ela processos e pressupostos comunicativos da formação democrática da opinião e da vontade funcionam como a comporta mais importante para a racionalização discursiva das decisões de um governo e de uma administração vinculados ao direito e à lei. *Racionalização* significa mais do que simples legitimação, porém menos do que a constituição do poder. O poder disponível administrativamente modifica sua composição durante o tempo em que fica ligado a uma formação democrática da opinião e da vontade, a qual programa, de certa forma, o exercício do poder político. Independentemente disso, somente o sistema político pode “agir”. Ele constitui um sistema parcial, especializado em decisões que obrigam coletivamente, ao passo que as estruturas comunicativas da esfera pública formam uma rede ampla de sensores que reagem à pressão de situações problemáticas da sociedade como um todo e estimulam opiniões influentes. A opinião pública, transformada em poder comunicativo segundo processos democráticos, não pode “dominar” por si mesma o uso do poder administrativo; mas pode, de certa forma, direcioná-lo.

O conceito de *soberania do povo* resulta da apropriação e da conversão republicana da idéia de soberania, oriunda dos tempos modernos, e que inicialmente era ligada ao governo absolutista. O Estado, que monopoliza os meios da aplicação legítima da força, é tido como uma concentração de poder, capaz de sobrepujar todos os demais poderes deste mundo. Rousseau transpôs essa figura de pensamento, que remonta a Bodin, para a vontade do povo unido, diluiu-a com a idéia do autodomínio de pessoas livres e iguais e a integrou no conceito moderno de autonomia. Porém, apesar desta sublimação normativa, o conceito de soberania manteve a idéia de uma incorporação no povo (que, no início, se encontrava presente fisicamente). Ao passo que, na interpretação republicana, o povo, que deve estar presente ao menos virtualmente, é o titular de uma soberania que não

pode ser delegada por princípio, ou seja, o povo não pode deixar-se representar em sua qualidade de soberano. O poder constituinte baseia-se na prática de autodeterminação das pessoas privadas, não na de seus representantes. O liberalismo contrapõe a isso uma idéia mais realista, segundo a qual, no Estado democrático de direito, o poder do Estado, que emana do povo, é exercitado “em eleições e convenções e através de órgãos especiais da legislação, do poder executivo e do judiciário” (conforme podemos ler, por exemplo, na Lei Fundamental alemã: art. 20, sec. 2).

Para quem adota a premissa questionável de um conceito de Estado e de sociedade delineado a partir do todo e de suas partes – onde o todo é constituído pela cidadania soberana ou por uma constituição – o republicanismo e o liberalismo constituem alternativas completamente opostas. Todavia, a idéia de democracia, apoiada no conceito do discurso, parte da imagem de uma sociedade descentrada, a qual constitui – ao lado da esfera pública política – uma arena para a percepção, a identificação e o tratamento de problemas de toda a sociedade. Se prescindirmos dos conceitos oriundos da filosofia do sujeito, a soberania não precisa concentrar-se no povo, nem ser banida para o anonimato das competências jurídico-constitucionais. A identidade da comunidade jurídica que se organiza a si mesma é absorvida pelas formas de comunicação destituídas de sujeito, as quais regulam de tal modo a corrente da formação discursiva da opinião e da vontade, que seus resultados falíveis têm a seu favor a suposição da racionalidade. Com isso, não se desmente a intuição que se encontra na base da idéia da soberania popular: ela simplesmente passa a ser interpretada de modo intersubjetivista.¹² A soberania do povo retira-se para o anonimato dos processos democráticos e para a implementação jurídica de seus pressupostos comunicativos pretensiosos para fazer-se valer como poder produzido comunicativamente. Para sermos mais precisos: esse poder resulta das interações entre a formação da vontade institucionalizada constitucionalmente e esferas públicas mobilizadas culturalmente, as quais encontram, por seu turno, uma base nas associações de uma sociedade civil que se distancia tanto do Estado como da economia.

Em sua versão procedimentalista, a idéia de soberania do povo chama a atenção para condições sociais marginais, as quais possibilitam a auto-organização de uma comunidade jurídica sem, no entanto, encontrar-se simplesmente à mercê da vontade dos cidadãos. A autocompreensão normativa da política deliberativa promove um modo discursivo de socialização *para a comunidade jurídica*, o qual, porém, não se estende à totalidade da sociedade, na qual o sistema político, estruturado sobre uma constituição, está *embutido*. Na sua própria visão, a política deliberativa continua fazendo parte de uma sociedade complexa, a qual se subtrai, enquanto totalidade, da interpretação normativa da teoria do direito. Nesta linha, a teoria do discurso considera o sistema político como *um* sistema de ação ao lado de outros, não o centro, nem o ápice, muito menos o modelo estrutural da sociedade. De outro lado, a política, por assumir uma espécie de garantia por perdas em termos de integração na sociedade, tem que poder comunicar, através do *medium* do direito, com todos os demais domínios de ação legitimamente ordenados, independentemente do modo como eles se estruturam ou são regulados. Pois, o sistema político depende de outras realizações do sistema, especialmente das realizações fiscais do sistema econômico; ao passo que a política deliberativa, que se realiza através dos procedimentos formais da formação institucionalizada da opinião e da vontade, ou apenas informalmente, nas redes da esfera pública política, mantém um nexo interno com os contextos de um mundo da vida racionalizado. As comunicações políticas, filtradas deliberativamente, dependem das fontes do mundo da vida – de uma cultura política libertária e de uma socialização política esclarecida, especialmente das iniciativas de associações que formam a opinião – as quais se formam e se regeneram quase sempre de modo espontâneo, dificultando as intervenções diretas do aparelho político.

II. O Processo Democrático e o Problema de sua Neutralidade

Por conseguinte, o conceito de democracia, elaborado pela teoria do discurso, apesar de seu distanciamento em relação a certas idéias tradicionais acerca da constituição de uma sociedade política, não é incompatível com a forma e o modo de organização de sociedades diferenciadas funcionalmente. De outro lado, é preciso perguntar se o modo de socialização discursiva, suposto para a auto-organização da

12 Sobre o conceito de soberania do povo, cf. Maus (1992), 176ss.

comunidade jurídica, ou seja, para uma associação de sujeitos livres e iguais, é possível nas condições de reprodução de uma sociedade complexa e, em caso afirmativo, como isso pode dar-se. Se nossa decisão a esse respeito pretender apoiar-se em informações sociológicas, é importante operacionalizar, no nível correto, o núcleo procedimental da democracia. No processo democrático, o conteúdo ideal da razão prática assume feições pragmáticas; ao passo que as formas de sua institucionalização revelam o grau de realização do sistema dos direitos. Ora, a tradução sociológica da compreensão procedimental da democracia não pode ficar acima nem abaixo desse conteúdo normativo do Estado democrático de direito.

Na introdução à sua teoria da democracia, N. Bobbio segue uma estratégia deflacionária.¹³ Ele registra inicialmente algumas transformações sociais globais que não correspondem às promessas das concepções clássicas: especialmente o surgimento de uma sociedade policêntrica de grandes organizações, na qual a influência e o poder político passam para atores coletivos, saindo cada vez mais das mãos de associados singulares; em segundo lugar, a multiplicação de interesses de grupos concorrentes, a qual dificulta uma formação imparcial da vontade; a seguir, o crescimento de burocracias estatais e de tarefas públicas, o que propicia uma dominação tecnológica; finalmente, a apatia das massas, que se distanciam das elites, as quais contrapõem-se oligarquicamente aos sujeitos privados, sem autonomia. Tendo tais constatações céticas como pano de fundo, Bobbio tenta determinar, com muita precaução, as regras do jogo democrático: *“Eu parto da premissa segundo a qual a única maneira de conduzir uma discussão razoável sobre a democracia, entendida como uma forma de governo distinta de todas as outras formas autocráticas, consiste em considerá-la como algo que se caracteriza através de uma série de regras ... que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões envolvendo a coletividade e que tipo de procedimentos devem ser aplicados”*¹⁴. As democracias preenchem o necessário

“mínimo procedimentalista” na medida em que elas garantem: a) a participação política do maior número possível de pessoas privadas; b) a regra da maioria para decisões políticas; c) os direitos comunicativos usuais e com isso a escolha entre diferentes programas e grupos dirigentes; d) a proteção da esfera privada.¹⁵ A vantagem dessa definição minimalista consiste no seu caráter descritivo. Ela abrange o conteúdo normativo de sistemas políticos já existentes nas sociedades ocidentais. Por isso, Bobbio pode chegar à seguinte conclusão: *“O conteúdo mínimo do Estado democrático não se modificou: ele é constituído pelas garantias das liberdades de base, pela existência de partidos que concorrem entre si, por eleições periódicas com sufrágio universal, por decisões tomadas coletivamente ou resultantes de compromissos ... ou tomadas sobre a base do princípio majoritário, ou como resultado de debates públicos entre as diferentes facções, ou entre os aliados de uma coalizão governamental”*.¹⁶

De outro lado, tal operacionalização não esgota o conteúdo normativo do processo democrático, do modo como ele se apresenta na visão reconstrutiva da teoria do direito. Mesmo que controvérsias públicas entre vários partidos sejam tidas como condição necessária para o modo democrático de decisão, a definição proposta não toca no cerne de uma compreensão genuinamente procedimentalista da democracia. A chave desta concepção consiste precisamente no fato de que o processo democrático institucionaliza discursos e negociações com o auxílio de formas de comunicação as quais devem fundamentar a suposição da racionalidade para todos os resultados obtidos conforme o processo. Ninguém melhor do que John Dewey para destacar essa idéia: *“Os críticos têm razão em afirmar que a regra da maioria, enquanto tal, é absurda. Porém, ela nunca é pura e simplesmente uma regra da maioria ... É importante saber quais são meios através dos quais uma maioria chega a ser maioria: os debates anteriores, a modificação dos pontos vista para levar em conta as opiniões das minorias ... Noutras palavras, a coisa mais importante consiste em aprimorar os métodos e condições do debate, da discussão e da persuasão”*.¹⁷ A política

13 N. Bobbio. *The Future of Democracy*. Cambridge, 1987.

14 *Ibid.*, 24.

15 *Ibid.*, 56: “Paralelamente à necessidade de autogoverno, existe o desejo de não ser governado e de ser deixado em paz”.

16 *Ibid.*, 40.

deliberativa obtém sua força legitimadora da estrutura discursiva de uma formação da opinião e da vontade, a qual preenche sua função social e integradora graças à expectativa de uma *qualidade* racional de seus resultados. Por isso, o nível discursivo do debate público constitui a variável mais importante. Ela não pode desaparecer na caixa preta de uma operacionalização que se satisfaz com indicadores amplos. Antes de aceitar uma proposta que leva em consideração esse aspecto, eu gostaria de: 1) desenvolver o conceito de uma política deliberativa que se desenvolve em dois trilhos; 2) defendê-lo contra objeções dos liberais e dos comunitaristas.

1

Joshua Cohen explicita o conceito de política deliberativa a partir de um “procedimento ideal” de deliberação e de decisão, o qual deve “espelhar-se”, na medida do possível, nas instituições políticas. Cohen ainda não se distancia de modo suficientemente enérgico da idéia de uma sociedade dirigida deliberativamente *em seu todo* e, nesta medida, constituída politicamente: “A noção de uma democracia deliberativa está enraizada no ideal intuitivo de uma associação democrática na qual a justificação dos termos e das condições de associação efetua-se através da argumentação pública e do intercâmbio racional entre cidadãos iguais. Em tal ordem, os cidadãos engajam-se coletivamente para resolver, através de uma argumentação pública, os problemas resultantes de sua escolha coletiva e consideram suas instituições básicas legitimadas na medida em que estas conseguirem formar o quadro de uma deliberação pública conduzida com toda a liberdade”.¹⁷ De minha parte, pretendo interpretar o procedimento que legitima as decisões corretamente tomadas como estrutura central de um sistema político diferenciado e configurado como Estado de direito, porém, não como modelo para *todas* as instituições sociais (nem mesmo para todas as instituições do Estado). Se a política deliberativa assumisse os contornos de uma estrutura

capaz de abranger a totalidade social, o esperado modo discursivo de socialização do *sistema jurídico* teria que se alargar, assumindo a forma de uma auto-organização *da sociedade*, e penetrar na sua complexidade. Ora, isso é impossível, pelo simples fato de que o processo democrático depende de contextos de inserção que fogem ao seu poder de regulação.

No entanto, Cohen caracteriza convincentemente o processo através dos seguintes *postulados*:

a) As deliberações realizam-se de forma argumentativa, portanto, através da troca regulada de informações e argumentos entre as partes, que recolhem e examinam criticamente propostas.¹⁹ b) As deliberações são inclusivas e públicas. Em princípio, ninguém deve ser excluído, pois todos os possíveis interessados nas decisões têm iguais chances de acesso e de participação. c) As deliberações são livres de coerções externas. Os participantes são soberanos na medida em que estão submetidos apenas aos pressupostos da comunicação e às regras do procedimento argumentativo.²⁰ d) As deliberações também são livres de coerções internas que poderiam colocar em risco a situação de igualdade dos participantes. Cada um tem as mesmas chances de ser ouvido, de apresentar temas, de dar contribuições, de fazer propostas e de criticar. Tomadas de posição em termos de sim/não são movidas exclusivamente pela força não coativa do melhor argumento.²¹

19 “A deliberação é racional na medida em que os participantes são chamados a enunciar seus argumentos a favor das propostas feitas, a suportá-los ou a criticá-los ... Os argumentos são oferecidos com a pretensão de levar os outros a aceitar a proposta, tendo em conta seus objetivos díspares e sua obrigação de proporcionar as condições de sua associação através da deliberação livre entre iguais”. Cohen (1989), 22.

20 “Seu exame das propostas não está submetido à autoridade das normas ou exigências anteriores”. *Ibid.*, 22.

21 “Os participantes são fundamentalmente iguais, na medida em que a distribuição existente do poder e das fontes não configura suas chances de contribuir para a deliberação, nem a distribuição desempenha um papel autoritário em sua deliberação”, *ibid.*, 23.

17 J. Dewey. *The Public and its Problems*. Chicago, 1954, 207-208.

18 J. Cohen. “Deliberation and Democratic Legitimacy”, in A. Hamlin e B. Pettit (eds.). *The Good Polity*. Oxford, 1989, 17ss.

Outras condições especificam o processo tendo em vista o caráter político das deliberações:

e) As deliberações em geral visam a um acordo motivado racionalmente e podem, em princípio, ser desenvolvidas sem restrições ou retomadas a qualquer momento. Todavia, as deliberações políticas têm que ser concluídas, levando em conta uma decisão da maioria. Devido ao seu nexos interno com uma prática deliberativa, a regra da maioria fortalece a suposição de que a opinião falível da maioria pode continuar valendo como base racional de uma prática racional até o momento em que a minoria consiga convencer a maioria do contrário.²² f) As deliberações políticas abrangem todas as matérias passíveis de regulação, tendo em vista o interesse simétrico de todos. Isso não significa, porém, que certos temas e objetos, tradicionalmente tidos como de natureza “privada”, não possam, em princípio, ser submetidos à discussão. São especialmente relevantes, do ponto de vista “público”, questões referentes à distribuição desigual das fontes das quais depende a percepção concreta dos direitos iguais de comunicação e de participação.²³ g) Deliberações políticas incluem também interpretações de necessidades e a transformação de preferências e enfoques pré-políticos. E a força consensual dos argumentos não se apóia somente num acordo sobre valores, formado previamente em tradições e formas de vida comuns.²⁴

22 “Mesmo em condições ideais, não existe garantia para a produção de argumentos consensuais. E se eles não existem, a deliberação se conclui através do voto, submetido a uma forma qualquer de regra majoritária. Todavia, o fato de ela poder completar-se desta maneira, não deve eliminar a distinção entre formas deliberativas de escolha coletiva e formas que resultam de preferências não-deliberativas”, *ibid.*, 23.

23 “As desigualdades econômicas, ou a ausência de medidas institucionais para reparar as consequências dessas desigualdades, podem solapar a igualdade exigida nas arenas deliberativas”, *ibid.*, 27; cf. também J. Cohen, J. Rogers. *On Democracy*. Nova Iorque, 1983, cap. 6, 146ss.; W. E. Connolly. *The Terms of Political Discourse*. Lexington, Mass. 1974.

24 “As concepções relevantes acerca do bem comum não se compõem apenas de interesses e de preferências anteriores à deliberação.

Qualquer associação que institucionaliza tal processo, a fim de regular as condições de sua convivência democrática, assume feições de uma comunidade jurídica particular, limitada no espaço e no tempo, com tradições e formas de vida específicas. Todavia, essa identidade inconfundível ainda não a caracteriza como comunidade política de cidadãos. Pois o processo democrático é dominado por princípios gerais da justiça, constitutivos para qualquer forma de associação de pessoas. Em síntese, o procedimento ideal da deliberação e da tomada de decisão pressupõe sempre uma associação titular que se julga capaz de regular de modo imparcial as condições de sua convivência. O que associa os parceiros do direito é, em última instância, o laço lingüístico que mantém a coesão de qualquer comunidade comunicacional.²⁵

Ao contrário, os interesses, pretensões e ideais que configuram o bem comum sobrevivem à deliberação, interesses que nós, numa reflexão pública, consideramos legitimamente invocados quando exigimos uma parte das fontes públicas”, *ibid.*, 23.

25 Cf. o artigo de M. Walzer sobre os problemas de integração provocados nas sociedades modernas através da crescente mobilidade dos cônjuges, do local da moradia, da posição social e das lealdades políticas. Essas “quatro mobilidades” afrouxam os laços que unem à família, ao espaço vital, à procedência social e à tradição política. Para os indivíduos envolvidos, isso significa uma liberação ambígua de condições vitais integradas socialmente, porém cunhadas através de dependências que tanto podem ser orientadoras e protetoras, como também, perniciosas e opressivas. Essa liberação é ambivalente porque isola o indivíduo em espaços opcionais crescentes, portanto, numa liberdade que, de um lado, é negativa, obrigando-o a conscientizar-se pragmaticamente de interesses próprios e, de outro, positiva, uma vez que o coloca em condições de reatar novos laços sociais, de apropriar-se criticamente de tradições e de desenvolver conscientemente uma identidade própria. Segundo Walzer, somente a estrutura lingüística consegue salvar, em última instância, a socialização da desintegração: “Pouco importa a extensão das quatro mobilidades: elas não parecem nos separar a ponto de não podermos mais falar uns com os outros ... O próprio conflito político nas sociedades liberais raramente assume formas tão extremas, a ponto de impedir os protagonistas de se envolverem em negociações

No entanto, este modelo de política deliberativa é incompleto, pois carece de diferenciações internas importantes (que eu elaborei no Vol. I, capítulo IV), e não há enunciados sobre a relação existente entre as deliberações, que são reguladas através de *processos democráticos*, e os processos de formação informal da opinião na esfera pública. Na medida em que esses processos não se limitam à organização de votações *precedidas* por uma formação informal da opinião – como é o caso de eleições gerais – eles regulam ao menos a composição e o modo de trabalho de associações, as quais “se reúnem”, a fim de “negociar” uma agenda mínima e, conforme o caso, chegar a conclusões. No momento em que são instaurados processos parlamentares, as competências de decisão (e as respectivas responsabilidades políticas) constituem o ponto de referência para a constituição de esferas públicas, social e temporalmente limitadas, e para a organização argumentativa de negociações específicas. Os processos democráticos “organizados” nessas esferas públicas estruturam procedimentos de formação da opinião e da vontade, tendo em vista a solução cooperativa de questões práticas – inclusive a negociação de compromissos equitativos. O sentido operacional dessas regulações não consiste tanto na descoberta e identificação de problemas, como na sua elaboração, ou seja, consiste menos na sensibilização para novas colocações de problemas do que na justificação da escolha dos problemas e na decisão entre propostas de solução concorrentes. As esferas públicas das corporações parlamentares estruturam-se quase sempre como um *conjunto de justificação*. Elas dependem não somente do trabalho e da reelaboração administrativa, como também do *contexto de descoberta* de uma esfera pública não regulada através de processos, da qual é titular o público dos cidadãos em geral.

Esse público “fraco” é o sujeito da “opinião pública”.²⁶ A formação da opinião, desatrelada das decisões, realiza-se numa

e de concluírem compromissos, de fazerem funcionar uma justiça procedimental e de recorrerem à simples possibilidade de falar uns com os outros”. (“The Communitarian Critique of Liberalism”, in *Political Theory*, 18, 1990, 13s.).

26 Cf. N. Fraser, “Rethinking the Public Sphere”, in C. Calhoun. *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge Mass., 1992, 134.

rede pública e inclusiva de esferas públicas subculturais que se sobrepõem umas às outras, cujas fronteiras reais, sociais e temporais são fluidas. As estruturas de tal esfera pública pluralista formam-se de modo mais ou menos espontâneo, num quadro garantido pelos direitos humanos. E através das esferas públicas que se organizam no interior de associações movimentam-se os fluxos comunicacionais, em princípio ilimitados, formando os componentes informais da esfera pública geral. Tomados em sua totalidade, eles formam um complexo “selvagem” que não se deixa organizar completamente. Devido à sua estrutura anárquica, a esfera pública geral está muito mais exposta aos efeitos de repressão e de exclusão do poder social – distribuído desigualmente – da violência estrutural e da comunicação sistematicamente distorcida, do que as esferas públicas organizadas do complexo parlamentar, que são reguladas por processos. De outro lado, porém, ela tem a vantagem de ser um meio de comunicação isento de limitações, no qual é possível captar melhor novos problemas, conduzir discursos expressivos de auto-entendimento e articular, de modo mais livre, identidades coletivas e interpretações de necessidades. A formação democrática da opinião e da vontade depende de opiniões públicas informais que idealmente se formam em estruturas de uma esfera pública política não desvirtuada pelo poder. De sua parte, a esfera pública precisa contar com uma base social na qual os direitos iguais dos cidadãos conseguiram eficácia social. Para desenvolver-se plenamente, o potencial de um pluralismo cultural sem fronteiras necessita desta base, que brotou por entre barreiras de classe, lançando fora os grilhões milenares da estratificação social e da exploração, e se configurou como um potencial que, apesar de seus inúmeros conflitos, produz formas de vida capazes de gerar novos significados. No entanto, numa sociedade secularizada, que aprendeu a enfrentar conscientemente a sua complexidade, a solução comunicativa *desses* conflitos forma a única fonte possível para uma solidariedade entre estranhos – entre estranhos que renunciam à violência e que, ao regularem cooperativamente sua convivência, também se reconhecem mutuamente o direito de *permanecer* estranhos entre si.

2. Excurso sobre a neutralidade do processo

Por conseguinte, a política deliberativa alimenta-se do jogo que envolve a formação democrática da vontade e a formação informal da opinião. O seu desenvolvimento através dos trilhos de uma deliberação regulada por processos não é auto-suficiente. E temos que levar em conta essa necessidade de complementação do processo democrático, ao tentarmos enfrentar as objeções que podem ser levantadas contra a pretensa neutralidade das regras desse jogo.²⁷ As objeções são dirigidas, em primeira linha, contra uma proposta de explicação elaborada por Bruce Ackerman, que analisa o processo democrático servindo-se de um discurso de legitimação no qual um detentor do poder tem que justificar, perante oponentes, suas decisões políticas acerca de princípios. Esse discurso obedece a regras destinadas a possibilitar uma avaliação imparcial e consistente de questões práticas.²⁸ O detentor do poder tem que manter-se *neutro* em relação a concepções da vida boa incompatíveis e concorrentes entre si – e essa é a pedra do escândalo: “*Não é boa a razão que leva o detentor do poder a afirmar: a) que sua concepção de bem é melhor que a de todos os seus concidadãos, ou b) que, independentemente de sua concepção de bem, ele é intrinsecamente superior a um de seus concida-*

ãos ou a todos eles”.²⁹ Neutralidade significa, em primeiro lugar, que o justo, fundamentado na lógica da argumentação, tem o primado sobre o bom, ou seja, que as questões relativas à vida boa cedem o lugar às questões da justiça.

Entretanto, se a neutralidade incluísse também a *exclusão* de questões éticas do discurso político em geral, este perderia sua força em termos de transformação racional de enfoques pré-políticos, de interpretações de necessidades e de orientações valorativas. E, nesta linha de interpretação, *restrita dialogicamente*, as questões práticas questionáveis *prima facie* seriam simplesmente postas de lado.³⁰ Isso levaria a tratar questões da vida boa como assuntos “privados”. Sob essa premissa, porém, a neutralidade do processo seria garantida apenas através de regras inibitivas ou de “*gag rules*”,³¹ ficando na dependência das tradicionais distinções entre o privado e o público, as quais são subtraídas à discussão. Tal limitação rígida, no entanto, que excluiria *a fortiori* questões éticas, iria pré-julgar a agenda, ao menos implicitamente, beneficiando um pano de fundo tradicional. E, se não colocássemos em discussão nossas diferenças de opinião, não poderíamos *explorar a fundo* as possibilidades de um acordo que pode ser obtido discursivamente. Por isso, Ch. Larmore sugere uma interpretação diferente: “*In particular, the ideal of political neutrality does not deny that such discussion should encompass not only determining what are the probable consequences of alternative decisions and whether certain decisions can be neutrally justified, but also clarifying one’s notion of the good life and trying to convince others of the superiority of various aspects of one’s view of human flourishing. The ideal demands only that so long as some view about the good life remains disputed, no decision of the state can be justified*

27 Cf. as contribuições para o “Symposion on Justice”, in *Ethics*, n. 93 (1983); cf. também S. Benhabib. “Liberal Dialogue vs. a Critical Theory of Discursive Legitimation”, in N. Roseblum (Ed.) *Liberalism and the Moral Life*. Cambridge, Mass. 1989, 145ss; J. D. Moon. “Constrained Discourse and Public Life”, in *Political Theory*, 19, 1991, 202-229.

28 B. Ackerman. *Social Justice in the Liberal State*. New Haven, 1980, 4: “*Sempre que alguém questiona a legitimidade do poder de alguém, o detentor do poder é obrigado a responder, não reprimindo aquele que interroga, mas fornecendo um argumento capaz de explicar por que seu direito de dispor da fonte em questão é melhor fundamentado do que o da pessoa que questiona*”; pág. 7: “*O argumento apresentado por um detentor do poder não pode estar em contradição com os argumentos por ele apresentados para justificar outras pretensões ao poder*”.

29 Ackerman (1980), 11.

30 B. Ackerman. “Why Dialogue?”, in *Journal of Philosophy*, 86, 1989, 16: “*Nós simplesmente não deveríamos dizer nada sobre os temas controversos e descartar de nossas agendas de conversação os ideais morais que nos dividem*”.

31 Cf. St. Holmes. “Gag rules or the Politics of Omission”, in J. Elster, R. Slagstad (Eds.) *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge, 1988, 19-58.

on the basis of its supposed intrinsic superiority or inferiority".³² Neste ponto, a discussão se ramifica, pois esta interpretação tolerante da tese da neutralidade é contestada por correntes opostas.

Os comunitaristas levantam a objeção radical, segundo a qual as medidas para uma avaliação imparcial de questões práticas não podem ser dissociadas de certas cosmovisões e projetos de vida: nenhum princípio presumivelmente neutro é realmente neutro. Qualquer processo aparentemente neutro reflete, segundo eles, uma determinada concepção de vida boa e, no caso de Ackerman, uma concepção liberal. Além disso, um processo neutro não pode servir para a realização de valores preferidos ou para a realização de fins que, na visão do Estado e da política liberal, por exemplo, são os mais importantes; pois, neste caso, ele prejudicaria pessoas que têm concepções diferentes e cujos valores não são os mesmos. Essa objeção pode ser derrubada, no entanto, se conseguirmos demonstrar que o princípio da neutralidade é um componente necessário de uma prática *inevitável*, para a qual não existem alternativas. Uma prática é "inevitável" quando preenche funções importantes para a vida, não podendo ser substituída por nenhuma outra prática. Ora, a questão de Ackerman insinua esse tipo de inevitabilidade: "*Se desprezarmos a arte da discussão sob coerção, como poderemos chegar a um acordo uns com os outros? Haveria um (outro) meio de evitar a excomunhão e a repressão brutal?*".³³ Se quisermos enfrentar questões que tratam da regulação de conflitos ou da perseguição de fins coletivos sem empregar a alternativa dos conflitos violentos, *temos que* adotar uma prática de entendimento, cujos processos e pressupostos comunicativos, no entanto, não se encontram simplesmente à nossa disposição.

Isso inspira Ch. Larmore a tentar obter o princípio da neutralidade a partir de uma regra geral do argumentar: "*A justificação neutra da neutralidade política está fundada sobre aquilo que eu considero como uma norma universal do diálogo racional. Quando duas pessoas estão em desacordo sobre um determinado ponto,*

porém desejam continuar falando sobre o problema mais geral que pretendem resolver, cada uma delas deveria prescindir das convicções que a outra rejeita, a fim de: 1) construir um argumento sobre a base das outras convicções que convencerão a outra da verdade da convicção controversa; 2) passar a um outro aspecto do problema, onde as possibilidades de acordo parecem maiores. E, quando há o desacordo, os que desejam prosseguir a conversação deveriam escolher um terreno neutro, na esperança de resolver ou de contornar as diferenças."³⁴ A passagem da constatação de um dissenso ético para um nível superior de abstração do discurso da justiça, requerida pelos "diálogos neutros", a fim de se examinar, na base do reconhecimento desse dissenso, o que é do interesse de todos os participantes, se coloca então como um caso especial de uma regra geral de argumentação.³⁵

Contra essa proposta pode-se radicalizar a objeção comunitarista: Mesmo que pudéssemos reduzir o princípio da neutralidade a uma regra geral da argumentação, a reconstrução de tais regras teria que apoiar-se no saber intuitivo de participantes individuais da argumentação, normalmente em nós mesmos. Pois as condições para o resgate discursivo de uma pretensão de validade, das quais temos uma consciência implícita, só podem ser atingidas na perspectiva dos participantes. Esse procedimento poderia, no entanto, fazer com que, "*no caso de um conflito entre as concepções de vida boa, adotadas pelos indivíduos, eles terão freqüentemente noções um pouco diferentes acerca das condições ideais nas quais acreditam poder justificar sua concepção*".³⁶ Larmore supõe que haja uma certa ligação entre o saber gramatical geral e a cosmovisão lingüística particular, ou ainda, entre aquele saber geral e a compreensão individual de si mesmo ou do mundo. Porém, mesmo

34 Larmore (1987), 53; uma outra formulação dessa "norma do discurso racional" encontra-se, um tanto modificada, in Ch. Larmore. "Political Liberalism", in *Political Theory*, 18, 1990, 347.

35 Não entro na discussão sobre o conceito rawlsiano de consenso "overlapping"; cf. J. Rawls. *Die Idee des politischen Liberalismus*. Frankfurt/M, 1992, 255-333; cf. também J. Habermas (1991a), 204ss.

36 Larmore (1987), 58.

32 Ch. Larmore. *Patterns of Moral Complexity*. Cambridge, 1987, 47.

33 Ackerman. "What is Neutral about Neutrality?", in *Ethics*, 93, 1983, 390.

aceitando isso como verdade, temos que contar com uma desfiguração perspectivista da *explicação* de nosso saber prático adquirido preliminarmente, e não com uma multiplicação perspectivista desse *mesmo* saber, do qual nos utilizamos a cada momento e de modo intuitivo. Por isso, a *reconstrução*, sempre falível e às vezes falsa, não atinge o saber preliminar que já está *em funcionamento*.³⁷ E podemos tomar como ponto de partida a idéia de que a prática da argumentação forma um foco no qual se encontram intuitivamente os esforços de entendimento de participantes da argumentação de diferentes procedências. Pois conceitos tais como verdade, racionalidade, fundamentação e consenso *desempenham: o mesmo papel gramatical* em todos os idiomas e em todas as comunidades lingüísticas, mesmo sendo interpretados de forma diferente e aplicados segundo critérios distintos.³⁸ Isso vale, em todo o caso, para sociedades modernas que passaram para um nível de fundamentação pós-convencional, onde se configura um direito positivo, uma política secularizada e uma moral racional, e que encorajam os seus membros a assumir um enfoque reflexivo em relação às suas próprias tradições culturais.³⁹ A partir do momento em que o saber praticado é transformado em saber explícito acerca de regras e pressupostos do discurso racional e a partir do momento em que esse saber é novamente transposto para a institucionaliza-

ção de processos de deliberação e de decisão, podem aparecer diferenças de interpretação. Essas também se assentam nas diferenças que marcam as constituições históricas, as quais interpretam e configuram de diferentes maneiras o sistema dos direitos.

A interpretação não-restritiva da tese da neutralidade também se expõe a objeções *por parte dos liberais*. Para eles, o discurso político não deve estar aberto a todos os tipos de questões e de argumentos que os partidos gostariam de introduzir. Eles rejeitam especialmente a tese defendida pelas feministas, segundo a qual *qualquer* tema tem que ser discutido publicamente, desde que pelo menos um dos participantes o considere relevante. Essas autoras temem que uma versão rígida do princípio da neutralidade permita excluir da agenda certos temas que a tradição considera assuntos “privados”. Há vários exemplos: “*Há algum tempo atrás, eram poucas as feministas que pensavam ser a violência doméstica contra as mulheres um assunto de interesse comum, portanto um tema legítimo da discussão pública. A grande maioria das pessoas pensava que ela era um assunto privado, atingindo um número relativamente pequeno de casais heterossexuais ... Nesta época, as feministas formavam um contra-público subalterno que nos levou a disseminar a idéia de que a violência conjugal era uma característica sistemática e muito difundida nas sociedades dominadas pelos homens. Finalmente conseguimos, após uma contestação discursiva, transformar isso num tema que interessa a todos*”. Exemplos desse tipo levam Nancy Fraser a concluir que: “*Somente os participantes podem decidir o que é e o que não é do interesse comum de todos*”.⁴⁰ Essa tese levantou a suspeita de que uma *liberação da discussão política* abalaria a proteção jurídica da esfera privada, colocando em risco a integridade pessoal do indivíduo. J. D. Moon, por exemplo, refere-se a um “*preconceito contra a privacidade*”. Os direitos privados subjetivos protegem uma esfera no interior da qual as pessoas privadas estão liberadas da obrigação de justificar publicamente suas ações e omissões. Caso esta esfera não seja delimitada *previamente*, parece que se coloca o seguinte dilema: “*We appear to require unconstrained discourse in order to settle what the boundaries of the private should*

37 Sobre o processo da reconstrução falibilista do saber pré-teórico cf. J. Habermas “Was heisst Universalpragmatik?”, in *Id.*, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt/M, 1984, 363ss.

38 J. Habermas (1988), 177s.

39 Sob essas condições, as cosmovisões religiosas ou metafísicas perdem o seu caráter fundamentalista; sem lançar fora suas pretensões de validade, elas têm que se inserir nos pressupostos falibilistas do pensamento secularizado, pois têm que concorrer com outras cosmovisões no interior do *mesmo* universo de pretensões de validade. Nesse contexto J. Rawls fala de “*reasonable comprehensive doctrines*”. Sobre os aspectos cognitivos da distinção entre tradição e modernidade, cf. minha controvérsia com A. MachIntyre, in J. Habermas (1991a), 209-218.

40 Fraser (1992), 129; no mesmo sentido cf. S. Benhabib. “Models of Public Space!”, in *Id.*, *Situating the Self*. Cambridge, 1992, 89-120.

be, but such discourse itself violates those boundaries because it rests on a demand for unlimited self-disclosure.⁴¹ O aparente dilema se resolve a partir do momento em que formos capazes de esclarecer as confusões provocadas pelos seguintes pares de conceitos: assuntos “privados” vs “públicos” e discursos “limitados” vs “ilimitados”.

Temos que estabelecer uma distinção entre limitações impostas aos discursos públicos através de *processos* e uma limitação do *campo temático* dos discursos públicos. A versão tolerante do princípio de neutralidade significa que tanto a formação informal da opinião e da vontade, como a que é regulada por processos, abrangem questões eticamente relevantes da vida boa, da identidade coletiva e da interpretação de necessidades. O legislador político que regula, por exemplo, a “violência no casamento” poderá introduzir em seus debates temas e contribuições correspondentes, sem ferir com isso a imparcialidade do processo de legislação. A tematização e o tratamento público de tal matéria não significa uma *intromissão* em direitos subjetivos. Não podemos confundir os assuntos públicos com os privados, pois é necessário levar em conta dois aspectos: o do acesso e da subsequente *tematização das competências* e responsabilidades, e o da sua *regulação*. Por isso, falar sobre algo não significa intrometer-se nos assuntos de alguém. Sem dúvida nenhuma, a esfera íntima tem que ser protegida da curiosidade e dos olhares críticos dos outros; todavia, nem tudo o que é reservado às decisões de pessoas privadas deve ser subtraído à tematização pública, nem protegido da crítica. Todos os assuntos a serem regulados pela política têm que ser discutidos publicamente; porém nem tudo o que merece ser objeto de uma discussão pública é levado para uma regulação política. (E nem toda regulação política toca em competências privadas). Tais distinções permitem entender facilmente que a reserva liberal contra a liberação do leque público de temas não se justifica nos casos em que a integridade pessoal do indivíduo não é atingida.

O sistema dos direitos exige a realização simultânea e complementar, tanto da autonomia privada, como da cidadã, pois ambas são co-originárias do ponto de vista normativo, e se completam mutuamente. Ainda teremos ocasião de constatar que a distinção correta entre as competências privadas, de um lado, e as públicas, de outro, implica o

conhecimento dos contextos históricos e sociais; caso contrário não seria possível realizar adequadamente os direitos dos cidadãos. Por outro lado, a delimitação entre um domínio de interesses privados e autônomos e uma esfera pública da “realização do bem comum” não pode ser feita *de uma vez por todas*. O debate sobre a pornografia, por exemplo, revela que essa criação de limites tem que ser objeto de uma discussão política, independentemente das dificuldades a ela inerentes. Todavia, a *tematização* dessas “questões-limites” não significa uma intromissão em *competências* e responsabilidades já existentes. Isso se torna especialmente claro quando se considera a hierarquização da política deliberativa que segue dois caminhos de formação da opinião e da vontade: o informal e o institucionalizado.

Dado que a esfera pública geral é “ilimitada”, no sentido de que seus fluxos comunicacionais não são regulados através de processos, ela se adapta de preferência à “luta pela interpretação de interesses”.⁴² Quer se trate da “violência no casamento”, um fato a ser regulamentado, ou da criação de creches para os filhos em idade pré-escolar de mães operárias, um direito definido pelo Estado do bem-estar social – geralmente é preciso percorrer um longo caminho, envolver-se decididamente em encenações capazes de influenciar a opinião pública, antes que esses assuntos, tidos inicialmente como “privados”, possam adquirir o *status* de temas politicamente reconhecidos e antes que as necessidades das pessoas envolvidas possam articular-se suficientemente, tendo como pano de fundo diferentes interpretações e “visões acerca da vida boa”. Somente após uma “luta por reconhecimento”, desencadeada publicamente, os interesses questionados podem ser tomados pelas instâncias políticas responsáveis, introduzidos nas agendas parlamentares, discutidos e, eventualmente, elaborados na forma de propostas e decisões impositivas. Somente a *regulamentação* de um estado de fato novo, definido pelo direito penal, ou a *concretização* de uma resolução política relativa à criação de creches ou escolas maternas – dirigidas pelo poder público ou por particulares – pode intervir em espaços vitais privados, transformando responsabilidades formais e práticas existentes.

41 Moon (1991), 221.

42 N. Fraser. “Struggle over Needs”, in *Id.*, *Unruly Practices*. Oxford, 1991, 161-190.

III. Sobre a Tradução Sociológica do Conceito Normativo de Política Deliberativa

Após o excursus sobre o sentido, o papel e o valor posicional dos processos democráticos, estamos mais preparados para enfrentar a questão acerca do seu lugar na vida de uma sociedade complexa. Para a compreensão procedimentalista do processo democrático, Robert Dahl escolhe indicadores que exploram o conteúdo de processos democráticos e são melhores do que a operacionalização proposta por N. Bobbio. Eu apresentarei o princípio de Dahl (1), a fim de conseguir uma perspectiva capaz de esclarecer o sentido crítico de uma sociologia da democracia que trabalha de modo reconstutivo (2).

1

Dahl inicia sua argumentação expurgando a compreensão intuitiva da autodeterminação democrática, ou seja, livrando-a das idéias substancialistas da tradição aristotélica: “*Our common good – the good and interests we share with others – rarely consists of specific objects, activities, and relations; ordinarily it consists of the practices, arrangements, institutions, and processes that, in traditionalist’s term again, promote the well-being of ourselves and others – not, to be sure, of ‘everybody’ but of enough persons, to make the practices, arrangements etc. acceptable ... These would include the general features of the democratic process*”.⁴³ A seguir, ele operacionaliza um processo para chegar a decisões obrigatórias, que são do interesse simétrico de todos, sob cinco pontos de vista. Esse processo deve proporcionar: a) a inclusão de todas as pessoas envolvidas; b) chances reais de participação no processo político, repartidas equitativamente; c) igual direito a voto nas decisões; d) o mesmo direito para a escolha dos temas e para o controle da agenda; e) uma situação na qual todos os participantes, tendo à mão informações suficientes e bons argumentos, possam formar uma compreensão articulada acerca das matérias a serem

regulamentadas e dos interesses controversos.⁴⁴ A última exigência visa ao nível de informação e ao caráter discursivo da formação da vontade: “*Each citizen ought to have adequate and equal opportunities for discovering and validating the choice on the matter to be decided that would best serve the citizen’s interests ... Insofar as a citizen’s good or interests require attention to a public good or general interest, then citizens ought to have the opportunity to acquire an understanding of these matters*”.⁴⁵ As discussões públicas e os processos de esclarecimento devem contribuir para isso. A Dahl também interessam os “métodos e condições” da formação política da vontade, que constituíam, aos olhos de Dewey, o verdadeiro “problema da esfera pública”.⁴⁶

Até hoje, nenhuma ordem política conseguiu preencher *suficientemente* esses cinco critérios apresentados. A evidente complexidade social obriga a um emprego diferenciado dos critérios (na delegação de certas competências de decisão, na instauração de processos de decisão modificados e, em geral, na redução jurídica e organizatória da complexidade), porém essa complexidade não se opõe, em princípio, a uma implementação “aproximativa” do processo.⁴⁷ Por isso, as democracias atualmente existentes, fundadas na concorrência, podem ser entendidas como sistemas de ação, nos quais o procedimento democrático foi *realmente* implementado, não somente na forma *nominal* de direitos políticos de participação e de comunicação, mas também na forma de práticas, quase sempre seletivas. Dahl pensa que essas “poliarquias” se caracterizam através de uma série de direitos efetivos e de instituições que, a partir da Revolução Americana e Francesa, impuseram-se gradualmente num número crescente de Estados modernos. Segundo as classificações de Dahl, em 1930 essas características se aplicavam a quinze Estados europeus e a seis Estados fora da Europa, sendo que o número desses sistemas políticos duplicou, segundo ele, até o final dos anos 70.

44 R. A. Dahl. *A Preface to Economic Democracy*. Oxford, 1985, 59s.

45 R. A. Dahl. *Democracy and its Critics*. New Haven, 1989, 112.

46 Dewey (1954). 208.

47 Dahl (1989), 115ss.

43 R. A. Dahl. *Democracy and its Critics*. New Haven, 1989, 307.

A seguir, Dahl se apropria dos resultados da ramificada pesquisa da modernização, em especial do modelo diacrônico, a fim de preparar o contexto das assim chamadas sociedades “modernas, dinâmicas e pluralistas”, favoráveis à democratização. Essas sociedades modernas, dinâmicas e pluralistas apresentam as conhecidas características: um produto interno bruto relativamente alto, crescimento do produto social; um modo de produção econômica apoiado no mercado, onde os setores primários e secundários se encolhem cada vez mais; um elevado grau de urbanização; elevado nível de educação; mortalidade infantil em queda; aumento das expectativas de vida, etc. Dahl interpreta os contextos estatísticos desses indicadores sob o ponto de vista das *condições sociais favoráveis* para uma domesticação jurídica do poder social e do poder monopolizado pelo Estado: “*A MDP society disperses power, influence, authority and control away from any single center toward a variety of individuals, groups, associations and organizations. And it fosters attitudes and beliefs favourable to democratic ideas. Though these two features are independently generated, they also reinforce each other*”.⁴⁸ Portanto, a democracia não é promovida apenas pela distribuição policêntrica do poder em sociedades funcionalmente diferenciadas, pois a descentralização do poder acompanha uma cultura política liberal, apoiada em correspondentes padrões de socialização. Tal cultura política é necessária para que as tensões subculturais que marcam as relações entre formas de vida, identidades e cosmovisões possam ser toleradas e decididas.

Dahl considera que a maior dificuldade a ser enfrentada daqui para frente pela democracia reside no *encapsulamento* do saber político especializado, o que impede os cidadãos de aproveitá-lo para a formação das próprias opiniões. O perigo principal reside, segundo ele, na variante tecnocrática de um paternalismo que se nutre nos monopólios do saber. E o acesso privilegiado às fontes do saber político relevante abre as portas para uma dominação imperceptível que se estende sobre o público dos cidadãos, os quais não têm acesso a essas fontes, alimentando-se de uma política simbólica. Por esse motivo, Dahl coloca suas esperanças nas possibilidades técnicas das telecomunicações e propaga a idéia de um “*minipopulus*”, ou seja, a

48 Dahl (1989), 252; cf. também o resumo, p. 314.

proposta de uma formação da vontade especificada funcionalmente e, ao mesmo tempo, descentralizada, através de assembleias escolhidas de modo representativo e detentoras de informações especiais.⁴⁹ O curioso é que o teor abstrato e levemente utópico dessa recomendação contrasta com a intenção e a estrutura da sua pesquisa.

Com efeito, Dahl tentara mostrar que a idéia e o processo de uma política deliberativa já lançaram há muito tempo raízes nas instituições das sociedades desenvolvidas, não sendo necessário importá-los de fora. Todavia, ele não atinge esse alvo, pois não consegue ligar, de modo convincente, os argumentos normativos, necessários para a justificação do processo democrático, à análise empírica de sua implementação, por mais incompleta que esta tenha que ser. Eu penso que uma das razões desse insucesso reside no tipo de análise sociológica empregada. Pois, enquanto a estrutura social for delineada somente através de características classificatórias, tais como, por exemplo, distribuição de renda, escolaridade ou refrigeradores, a sociologia se ressentirá de uma *linguagem* capaz de descrever as constelações e tendências favoráveis em termos de potenciais de racionalização em ação na sociedade, a serem assumidos e desenvolvidos pelo sistema político. O diagnóstico segundo o qual, nas sociedades complexas, os monopólios paternalistas do saber impedem uma maior democratização serve como ponte entre o núcleo estrutural deliberativo do sistema político, configurado em Estado de direito, e processos mais profundos da reprodução social.

A produção de direito legítimo através de uma política deliberativa configura, pois, um processo destinado a solucionar problemas, o qual trabalha com saber, ao mesmo tempo em que o elabora, a fim de programar a regulação de conflitos e a persecução de fins coletivos. De um certo modo, a política tapa buracos funcionais que se abrem devido à sobrecarga advinda de outros mecanismos de integração social. Nisso ela se utiliza da linguagem do direito. Pois o direito é um *medium* que possibilita o traslado das estruturas de reconhecimento recíproco – que reconhecemos nas interações simples e nas relações de solidariedade natural – para os complexos e cada vez mais anônimos domínios de ação de uma sociedade diferenciada funcionalmente, onde aquelas estru-

49 Dahl (1989). 339-340.

turas simples assumem uma forma abstrata, porém impositiva. Internamente, porém, o direito se estrutura de tal forma que um sistema político, configurado juridicamente, só pode *continuar* as realizações naturais de integração – que se realizam sob o nível de articulação do direito formal – num *nível reflexivo*. Ou seja, a integração social, realizada politicamente, tem que passar através de um filtro discursivo. Onde outros reguladores fracassam – como é o caso dos padrões de coordenação que se apóiam em valores, normas e rotinas de entendimento convencionais – a política e o direito conseguem elevar, de certa forma, os processos solucionadores de problemas acima do limiar da consciência. O processo político soluciona *o mesmo tipo* de problemas enfrentados pelos sobrecarregados processos sociais que ele substitui. Isso se torna claro quando, seguindo um conselho de B. Peters, escolhemos as medidas de avaliação para problemas gerais da integração social de acordo com os aspectos de validade da verdade, da justeza das normas e da autenticidade, isto é, adotando pontos de vista sob os quais as forças de engajamento ilocucionário, próprias do agir orientado pelo entendimento, se distinguem entre si.⁵⁰

Para que haja a integração de uma sociedade, as ações de atores coletivos e singulares têm que ser coordenadas de tal modo que suas diferentes realizações e contribuições confluem num resultado positivo. Tais problemas de *coordenação funcional* pressupõem uma orientação cognitiva que leva em conta acontecimentos e estados do mundo objetivo. Os resultados são avaliados segundo medidas da racionalidade técnica e econômica. E as condições do sucesso podem ser descritas, na perspectiva dos atores participantes, como realização de fins coletivos ou ainda, na perspectiva de um observador, como manutenção de um sistema dado, ou, finalmente, como concordância de diferentes sistemas entre si. O conceito de coordenação funcional generaliza o modelo ilustrativo da cooperação através da divisão de trabalho. Ele é neutro em relação a diferenças da integração social e sistêmica. As outras duas formas de integração, no entanto, visam à integração social.

50 B. Peters. *Die Integration moderner Gesellschaften*. Frankfurt/M, 1993. Cap. 2.

Elas referem-se à *regulação moral de conflitos*, ou à *garantia ética de identidades e formas de vida*. Problemas de equilíbrio entre pretensões conflitantes exigem uma orientação normativa em função de ordens do mundo social. Problemas de integração expressiva na comunidade (termos empregados por Peters, apoiando-se em Parsons) exigem a orientação em função de esboços de vida boa e da interpretação de necessidades. Os resultados são avaliados segundo medidas da racionalidade ética e moral. Somadas aos critérios da eficiência e da racionalidade de decisão, essas medidas proporcionam um leque de critérios para a avaliação do sucesso da integração social em geral. Disso Peters extrai um conceito complexo de “racionalidade social” que permite avaliar se as realizações de reprodução de uma sociedade (ou de um de seus subsistemas), entendidas como processos de solução de problemas, tiveram êxito ou não.⁵¹ E, de acordo com ele, a estabilização concreta de uma ordem *não* é indicador suficiente para a racionalidade de uma solução.

De acordo com esta proposta, as sociedades em geral devem ser tidas como sistemas capazes de solucionar problemas, sendo que os sucessos ou fracassos devem ser medidos por critérios de racionalidade. Ora, se nos apropriamos desse conceito (que remonta a Karl Deutsch e outros autores), poderemos reconhecer, no processo democrático e no modo discursivo de socialização da comunidade jurídica, a hierarquização reflexiva e a formação especializada de um modo de operar *geral* de sistemas sociais. Pois o processo democrático condiciona a criação do direito legítimo a um tratamento presuntivamente racional de problemas, cujo modo de interrogação corresponde aos problemas que sempre foram elaborados de forma quase inconsciente. Pois o âmago da política deliberativa consiste precisamente numa rede de discursos e de negociações, a qual deve possibilitar a solução racional de questões pragmáticas, morais e éticas – que são precisamente os problemas acumulados de uma fracassada integração funcional, moral e ética da sociedade.

A necessidade de coordenação funcional, que surge nas atuais sociedades complexas, não pode mais ser suprida através do modelo simples da divisão de trabalho ou da cooperação entre

51 B. Peters, (1991), 204ss.

indivíduos e coletividades: são necessários mecanismos de regulação indireta do sistema administrativo. Dahal reconheceu que os problemas cognitivos de regulação em sentido estrito podem marginalizar os problemas morais e éticos, sobrecarregando destarte o processo democrático e diminuindo sua capacidade de solucionar problemas. Vários sintomas de tal *sobrecarga cognitiva* da política deliberativa favorecem a idéia atualmente em voga de que uma formação discursiva da opinião e da vontade, que decorre segundo o processo democrático, é insuficientemente complexa para assimilar e elaborar o saber *necessário do ponto de vista operatório*. Parece que o saber regulatório requerido não consegue mais penetrar nas capilares de um processo de comunicação entrelaçado horizontalmente, aberto osmoticamente e organizado de modo igualitário. Tais evidências, porém, não devem fazer esquecer a circunstância de que o desacoplamento da regulação política do complexo parlamentar e a emigração dos temas para fora das arenas públicas *não acontecem sem resistência*. Pouco importa a versão, nem o tipo de constelação: a “questão democrática” sempre consegue entrar na agenda. R. Dahal poderia, inclusive, ter entendido sua própria pesquisa como expressão de tal tematização. Se partirmos da premissa de que o sentido próprio do *medium* do direito, com o qual se liga internamente o poder político, nos força a admitir uma gênese democrática do direito, veremos que essas tendências opostas não se movem por acaso. Veremos também que o emprego do poder político *continua* submetido a limitações que resultam *per se* da forma jurídica de decisões coletivamente obrigatórias. Num sistema político que sofre a pressão da complexidade social, essas limitações manifestam-se através de dissonâncias cognitivas crescentes, que nascem da distância que separa as suposições de validade do Estado de direito democrático das formas concretas que esse processo político assume.

2

A primeira tentativa de análise da implementação de processos democráticos em sociedades modernas, desenvolvida na esteira de Dahl, chega a um resultado dúbio. De um lado, a política deliberativa perde muito de sua aparência estranha e irreal, quando passamos a considerá-la como um processo reflexivo de aprendizagem, o qual *alivia* os processos de integração social latentes, ao mesmo tempo em que os *continua* no

interior de um sistema de ação especializado nesse tipo de trabalho. De outro lado, parece que nas sociedades complexas abre-se cada vez mais a fresta entre necessidade de coordenação, de um lado, e realizações de integração, de outro – fresta que o direito e a política deveriam fechar – na medida em que o sistema administrativo tem que assumir tarefas de regulação, as quais sobrecarregam o modo deliberativo de decisão. Nessa sobrecarga torna-se perceptível a resistência que as sociedades complexas oferecem à realidade, através da qual elas enfrentam as pretensões investidas nas instituições do Estado de direito. A teoria da decisão revela que o processo democrático é consumido, “por dentro”, pela escassez de fontes funcionalmente necessárias; e, “por fora”, ele se choca, no entender da teoria do sistema, contra a complexidade de sistemas funcionais intransparentes e dificilmente influenciáveis. Em ambas as direções parece que os momentos inerciais da sociedade, ou seja, aquilo que Sartre qualificou como “o inerte”, tornam-se “independentes” em relação ao modo deliberativo de uma socialização realizada consciente e autonomamente. Todavia, se tais tendências à independência fossem *inevitáveis* em sociedades complexas, a questão de Dahl acerca de condições para uma democratização *continuada* dos sistemas políticos existentes cairia no vazio. Face a esse desmentido, a distinção entre “democracias” e simples “poliarquias” torna-se tendenciosa.

Temos que esclarecer, pois, em que sentido é possível falar em “autonomização” ou “reificação” da sociedade. Esse diagnóstico não se refere evidentemente à resistência oferecida por problemas e déficits corriqueiros, em cuja solução o sistema político é especializado. Na perspectiva dos participantes, os momentos de inércia são percebidos como diferenças entre norma e realidade, as quais fornecem o pretexto para perceber e elaborar questões práticas em geral. E o fato de os cidadãos associados e no exercício de sua prática de autodeterminação terem que assumir os pressupostos comunicacionais pretensiosos dos discursos não constitui uma mera folha de contraste, da qual uma sociedade autonomizada e que se transformou em segunda natureza, possa simplesmente destacar-se. Nós entenderíamos mal o caráter discursivo da formação pública da opinião e da vontade, caso acreditássemos poder hipostasiar o conteúdo ideal

de pressupostos gerais da argumentação, transformando-o num modelo de socialização comunicativa.⁵²

Na própria prática cotidiana, o entendimento entre sujeitos que agem comunicativamente se mede por pretensões de validade, as quais levam a uma tomada de posição em termos de sim/não – perante o maciço pano de fundo de um mundo da vida compartilhado intersubjetivamente. Elas estão abertas à crítica e mantêm atualizado, não somente o risco do dissenso, mas também a possibilidade de um resgate discursivo. Neste sentido, o agir comunicativo aponta para uma argumentação, na qual os participantes justificam suas pretensões de validade perante um auditório ideal sem fronteiras. Os participantes de uma argumentação partem da suposição idealizadora de que, no espaço social e no tempo histórico, existe uma comunidade comunicacional sem fronteiras e têm que pressupor, segundo uma formulação de K. O. Apel, a possibilidade de uma comunidade ideal “dentro” de sua situação social real: “Quem argumenta pressupõe simultaneamente uma comunidade de comunicação real, da qual ele mesmo se tornou um membro através de seu processo de socialização, e uma comunidade ideal, que estaria, em princípio, em condições de entender adequadamente o sentido de seus argumentos e de avaliar definitivamente sua verdade”.⁵³ Essa formulação, no entanto, alimenta o mal-entendido, segundo o qual a “comunidade comunicacional ideal” constitui um ideal enraizado em pressupostos gerais da argumentação, o qual poderia ser realizado aproximativamente. O próprio conceito equivalente de “situação ideal de fala”, apesar de menos equívoco, também pode levar à idéia errônea de que é possível concretizar o sistema de pretensões de validade embutidas na base de validade do discurso. É verdade que os pressupostos contrafáticos, dos quais os participantes da argumentação partem necessariamente, abrem uma perspectiva através da qual eles podem superar a contingência de seus contextos espaço-temporais e as práticas de justificação exercitadas localmente,

52 Sobre o que segue, cf. L. Wingert, *Gemeinsinn und Moral*. Frankfurt/M, 1993, Segunda e Terceira Partes.

53 K. O. Apel. “Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft”, in *Id.*, *Transformation der Philosophie*. Frankfurt/M, 1973, vol. II, 428.

o que equivale a dizer que eles podem fazer jus ao sentido de pretensões de validade *transcendentes*. Entretanto, ao esboçarem tais pretensões de validade transcendentais, eles não se colocam a si próprios no além transcendente de um reino ideal de seres inteligíveis. “*Sempre que desejamos nos entender mutuamente, partimos de suposições idealizadoras; porém não existe aí uma relação de correspondência entre idéia e realidade*”, como é o caso, quando esboçamos ideais, à luz dos quais é possível identificar desvios.⁵⁴

De outro lado, é legítimo utilizar tal projeção para uma experiência conceitual.⁵⁵ Pode-se atenuar o mal-entendido essencialista, interpretando-o como uma ficção metódica, a fim de obter uma folha de contraste que permite tornar visível o substrato da *inevitável* complexidade social. Nesse sentido insuspeito, a comunidade comunicacional ideal apresenta-se como um modelo de socialização comunicativa “pura”. O meio do entendimento discursivo é o único mecanismo de auto-organização que se encontra à disposição dessa comunidade. Por este caminho, ela deve superar todos os conflitos sem o emprego da violência. Ela elabora os problemas “renitentes” da integração social pelo caminho do entendimento explícito, em última instância, através do discurso – porém ainda sem o auxílio da política e do direito.⁵⁶ No entanto,

54 H. Brunkhorst. *Zur Dialektik von realer und idealer Kommunikationsgemeinschaft*. Manuscrito para o Colóquio-Apel. Forum für Philosophie. Bad Homburg, 1992.

55 Nas páginas seguintes apóio-me solidamente em B. Peters. *Die Integration moderner Gesellschaften*. Frankfurt/M, 1993, capítulos 5 e 6.

56 Isso significa uma alternativa para o “modelo disposicional” de uma socialização pura. No *Capital* Marx explicitou o conceito de socialização intencional, portanto a que se realiza com consciência e vontade, servindo-se de um modelo que liga a figura do direito privado da união burguesa – a “união de homens livres” – ao arquétipo da sociedade de produção da comunidade de cooperação. Parece que ele entende a autonomia da sociedade que se organiza a si mesma como exercício do controle consciente ou da administração planejada do processo de produção material: em analogia com o domínio da

esse simples modelo conceitual não deve ser interpretado erroneamente. Ele refere-se a sociedades concretas, localizadas no espaço e no tempo, e já diferenciadas. Por isso, ele não distingue entre processos de entendimento discursivo e fundamentos do agir comunicativo, uma vez que conta com os contextos do mundo da vida. Em síntese, não faz abstração da “finitude” da socialização comunicativa. Por isso, as condições que possibilitam a socialização comunicativa não podem ser confundidas com limitações impostas por contingências. Com isso se evita a falácia individualista, segundo a qual o indivíduo experimenta, nas ações dos outros, os limites de sua liberdade subjetiva. Ao contrário, possibilidades de influência legitimamente reguladas, que repousam sobre um acordo suposto, autorizam a percepção de uma liberdade que se constitui através da sociedade. Tanto que as normas usuais reconhecidas intersubjetivamente, e que podem ser problematizadas, não se tornam perceptíveis através de imposições externas. O mesmo vale para o simbolismo da linguagem e da cultura e para a gramática das formas de vida nas quais se encontram os indivíduos socializados. Todos operam sob a forma de condições possibilitadoras. Os contextos do mundo da vida limitam certamente o espaço da ação e da interpretação dos atores, porém essa limitação se dá somente na forma de abertura de um horizonte de interações e de interpretações possíveis.

A partir do momento em que entendemos a socialização intencional do modo como foi sugerido, ou seja, mediada através da

natureza, o sujeito social “dispõe” sobre o seu próprio processo de vida, que se transformou num objeto. No entanto, com esse conceito de disposição sobre a autonomia, desaparece o núcleo do problema da auto-organização social, a saber, o da constituição e da auto-estabilização de uma comunidade de livres e iguais. Não é o controle comum da cooperação social que forma o núcleo da socialização intencional e sim uma regulação normativa da convivência, com a qual todos concordam, e a qual garante, inclusive, relações de reconhecimento recíproco simétrico (e, com isso, a integridade de cada indivíduo). Em Marx, o fio vermelho para a compreensão da auto-organização social não é dado pela prática comunicativa, mas pelo controle ou planejamento de processos sociais teoricamente objetivados. Cf. minha crítica a esse modelo in J. Habermas. “Dogmatismus, Vernunft und Entscheidung”, in *Id.*, (1971), 307-335.

comunicação, não contamos mais com seres inteligíveis, oniscientes, sem corpo e que agem fora de um contexto; porém com atores ligados a um corpo, socializados em formas de vida concretas, localizados no tempo histórico e no espaço social, envolvidos nas redes do agir comunicativo, os quais, ao interpretar provisoriamente a respectiva situação, têm que alimentar-se das fontes indisponíveis de seu mundo da vida. E nesse processo não se nega a contingência das tradições e formas de vida existentes, nem o pluralismo das atuais subculturas, cosmovisões e conjunções de interesses. De outro lado, os atores não dependem apenas de seu mundo da vida. Pois esse mundo da vida só pode reproduzir-se, por seu turno, através do agir comunicativo, o que equivale a dizer, através de processos de entendimento que dependem de tomadas de posição em termos de sim/não. A *fratura deontológica desse poder-dizer-não* sela a liberdade finita daqueles que precisam ser *convencidos* sem apelar para a força bruta. Convém acrescentar que, mesmo em tais condições ideais, discursos e negociações só podem desenvolver sua capacidade de solucionar problemas, na medida em que os problemas em foco forem captados de modo sensível, à luz de tradições pós-tradicionais reflexivas, descritos adequadamente e respondidos de forma produtiva. Um entendimento discursivo garante o tratamento racional de temas, argumentos e informações; todavia ele depende dos contextos de uma cultura e de pessoas capazes de aprender. Nessa linha, as cosmovisões dogmáticas e os padrões rígidos de socialização podem constituir obstáculos para um modo de socialização discursivo.

Ante o pano de fundo desse *modelo de pura socialização comunicativa*, B. Peters interessa-se pelos momentos inerciais que habitam *per se* a complexidade dos processos de formação da opinião e da vontade, especialmente quando têm que fazer jus a pressupostos comunicativos da argumentação. No âmbito dessas questões, as idealizações da socialização comunicativa pura formam um contraste adequado, a partir do qual é possível delinear as fontes *funcionalmente necessárias* para processos de entendimento em geral. Pois o modelo não leva em conta os custos de informação e de decisão dos processos de comunicação. Ele não considera as limitadas capacidades cognitivas de elaboração de comunicações simples, tecidas horizontalmente; e abstrai especialmente da distribuição desigual da atenção, das competências e do

saber no interior do público. Ele ignora, além disso, enfoques e motivos que se mesclam ao processo de busca de entendimento, tais como egocentrismo, fraqueza de vontade, irracionalidade e enganos dos participantes. À luz dessa forte idealização, as intuições da teoria do sistema e da decisão podem revelar facilmente a facticidade de um mundo que se orienta *de modo diferente*.

No mundo que nós conhecemos, as comunicações e decisões ocupam normalmente seções próprias de espaço e de tempo, consomem energia própria, exigem um investimento próprio em termos de organização, etc. A escolha de temas e de contribuições, que acontece sob a pressão de tempo, implica, além disso, custos em termos de decisões proteladas ou perdidas. Além disso, a produção do saber, organizada conforme uma divisão de trabalho, gera uma distribuição desigual de competências e de conhecimentos. E os meios de comunicação, dotados de uma seletividade própria, também se imiscuem. De outro lado, as estruturas da esfera pública refletem assimetrias inevitáveis no tocante às informações, isto é, quanto às chances desiguais de intervir na produção, validação, regulação e apresentação de mensagens. E é preciso acrescentar a essas limitações sistêmicas a distribuição casual e desigual das capacidades individuais. As fontes da participação em comunicações políticas são geralmente escassas, ou seja: o tempo do qual cada indivíduo dispõe é exíguo; a atenção prestada aos temas, que têm a sua própria história, é episódica; a disposição e a capacidade de dar contribuições próprias para esses temas é pouca; finalmente, existem enfoques oportunistas, afetos, preconceitos etc., que prejudicam uma formação racional da vontade.

Essas breves indicações poderiam ser comprovadas através de uma vasta literatura. Porém, o mais importante é saber o que elas *significam* em nosso contexto. Em primeiro lugar, elas ilustram desvios do modelo de socialização comunicativa pura, os quais variam em grau e abrangência, conforme as circunstâncias, chamando, porém, a atenção para *inevitáveis* momentos de inércia – especialmente para a escassez das fontes funcionalmente necessárias, das quais dependem em grande medida os processos de formação da opinião e da vontade. Nenhuma sociedade complexa conseguirá corresponder ao modelo de socialização comunicativa pura, mesmo que sejam dadas condições favoráveis. Não devemos esquecer, no entanto, que isso tem apenas o sentido de uma ficção

metódica destinada a lançar luz sobre os inevitáveis momentos inerciais da complexidade social, portanto sobre o outro lado da socialização comunicativa, ou seja, sobre os pressupostos do agir comunicativo – um lado que permanece oculto aos olhos dos próprios participantes. O modelo é fictício porque conta com uma sociedade sem direito e sem política, projetando a idéia da auto-organização sobre a sociedade em sua totalidade. Mesmo assim, o conceito procedimental de democracia empresta a esta idéia a figura de uma comunidade *jurídica* que se organiza a si mesma. Segundo ela, o modo discursivo de socialização tem que ser implantado através do *medium* do direito. E os momentos que não são levados em conta pelo modelo da socialização “pura” já estão incorporados, enquanto tais, no direito.

O direito positivo serve *naturalmente* à redução da complexidade social. Nós esclarecemos isso ao tratar dos processos de “des-idealização”, graças aos quais as regras do direito conseguem compensar a indeterminação cognitiva, a insegurança motivacional e a limitada força de coordenação de normas de ação moral e de normas informais de ação em geral. Esclarecemos a relação de complementaridade entre direito e moral a partir da compensação das fraquezas de uma coordenação da ação apoiada exclusivamente na razão prática.⁵⁷ Sob este aspecto, porém, é possível entender os direitos fundamentais e os princípios do Estado de direito como outros tantos passos rumo à redução da complexidade inevitável que aparece na contraluz do modelo de socialização comunicativa pura. Isso vale especialmente para a concretização jurídica desses princípios e para a institucionalização dos processos da política deliberativa (regra da maioria, órgãos de representação, transmissão de competências de decisão, entrelaçamento de permissões de controle, etc.). Os complexos institucionais ou organizatórios são, certamente, órgãos destinados à redução de complexidade; porém, na figura de instituições do direito constitucional, esses mecanismos têm, ao mesmo tempo, o sentido reflexivo de *contramedidas*, ou seja, que se dirigem contra uma complexidade social que *solapa* os pressupostos normativos de uma prática do Estado de direito. Esse tipo de contramovimento⁵⁸ que mantém

57 Cf. acima, vol. I, cap. III, p. 113ss.

58 K. Lüderssen desenvolve esse conceito de “contramovimento” no contexto do direito penal: “Die Steuerungsfunktion des Gesetzes – Überformung oder Gegensteuerung zur Entwicklungstendenz einer

a complexidade está em ação no próprio jogo que envolve a opinião pública informal e a formação institucionalizada da opinião e da vontade, regulada através de processos. Os fluxos comunicacionais da esfera pública política estão especialmente expostos à pressão seletiva da inércia social; todavia a influência gerada por este caminho só pode transformar-se em poder político quando passar através das comportas do processo democrático e do sistema político em geral, instaurado na forma de Estado de direito.

No entanto, seria ingênuo esquecer que o fluxo do poder do sistema político, regulado pelo Estado de direito, volta a sofrer a pressão da complexidade social. Porém, o *valor posicional* das objeções que a teoria do sistema e da decisão levanta contra a hipótese de um modo discursivo de socialização da comunidade *jurídica* modifica-se, quando consideramos que, do ponto de vista sociológico, as instituições do Estado de direito têm o sentido de uma preservação da complexidade, *que se movimenta em sentido contrário*. Então se coloca a questão de saber até que ponto esse “contramovimento”, inerente às instituições do Estado de direito, é capaz de compensar as limitações comunicativas, cognitivas e motivacionais das quais depende uma política deliberativa e a transformação do poder comunicativo em administrativo. Coloca-se a questão de saber até que ponto a facticidade social desses inevitáveis momentos de inércia constitui um ponto de cristalização para complexos de poder *ilegítimos*, independentes do processo democrático, mesmo quando a facticidade social *já foi considerada* na estrutura formal e organizacional de instituições e constituições do Estado de direito. Levanta-se o problema da inserção imperceptível do poder – que se concentra nos sistemas sociais funcionais, nas grandes organizações e nas administrações estatais – na base sistêmica do fluxo do poder regulado por normas e o problema da eficácia da intervenção do fluxo *não-oficial* desse poder não legitimado no circuito do poder regulado pelo Estado de direito.

Gesellschaft”, in K. Lüderssen. *Genesis und Geltung im Recht*. Frankfurt/m, 1992.

VIII. O PAPEL DA SOCIEDADE CIVIL E DA ESFERA PÚBLICA POLÍTICA

Nos primeiros anos do pós-guerra, a sociologia elaborou a teoria da democracia pluralista a fim de relacionar os modelos normativos da democracia e os assim chamados princípios realistas da teoria econômica e da teoria do sistema. Contudo, o reavivamento de princípios institucionalistas, que pode ser observado nos últimos anos,¹ não consegue sufocar a impressão de que o conteúdo idealista das teorias normativas se dissolve, ao longo do processo de desenvolvimento da teoria, em contato com os conhecimentos das ciências sociais. Pois, as “luzes” trazidas pela sociologia parecem sugerir uma visão mais sóbria, quicá cínica, do processo político. Ela chama particularmente a atenção para os lugares nos quais o poder “ilegítimo” irrompe no fluxo do poder regulado pelo Estado de direito. E quando escolhemos o sistema de ação administrativa ou o “aparelho do Estado” como ponto de referência, a esfera pública política e o complexo parlamentar passam a formar o lado-*input*, a partir do qual o poder social de interesses organizados flui para o processo de legislação. No seu lado-*output*, a administração encontra a resistência dos sistemas funcionais das grandes organizações que

1 U. Bernbach. “Politische Institutionen und gesellschaftlicher Wandel”, in H. H. Hartwich (ed.). *Macht und Ohnmacht politischer Institutionen*. Opladen, 1989, 57-71; ver também J. G. March e J. P. Olsen. *Rediscovering Institutions. The organizational Basis of Politics*. Nova Iorque, 1989; *Id.* “The New Institutionalism: Organizational Factors of Political Life”, in *American Political Science Review*, 77, 1984, 734-749; *Id.* “Popular Sovereignty and the Search for Appropriate Institutions”, in *Journal of Public Policy*, 6, 1984, 341-370.

fazem valer o seu poder no processo de implementação. Essa emancipação do poder social em relação ao processo democrático favorece as tendências endógenas que levam à autonomia do poder administrativo. Deste modo, um poder administrativo, tendencialmente autônomo, se liga a um poder social eficaz – tanto do lado-*input* como do *output* – formando uma contracorrente que atravessa o fluxo dos processos de decisão democráticos, dirigidos pelo poder comunicativo. Todavia, a maioria das descrições desse movimento em sentido contrário opera com conceitos de poder empiristas, os quais nivelam pura e simplesmente nossas distinções, introduzidas numa perspectiva reconstrutiva. Isso vale especialmente para o conceito “poder comunicativo”, o qual é tido como um simples constructo tendencioso, por parte de duas teorias: pela teoria da ação, que define o “poder” como sendo a capacidade de atores imporem a sua vontade à vontade contrária de outros; pela teoria do sistema, que desmembra o poder em dois elementos: no código de poder de um determinado sistema político de ação, e no poder geral de organização, ou melhor, na capacidade de auto-organização “auto-poietica”. Eu gostaria de mostrar que o derrotismo normativo, no qual os vários matizes da sociologia política desembocam, não é fruto de evidências concretas, mas do uso de estratégias conceituais falsas.

Após percorrer as linhas gerais do desenvolvimento das teorias, vou deter-me, em primeiro lugar, nas revisões às quais John Elster submete a teoria econômica da democracia. Seu trabalho destaca a relevância empírica do conceito procedimental da política deliberativa (Seção I). A seguir, discutirei a teoria da regulação, de H. Willkes, que procura esclarecer a integração de uma sociedade que se decompõe em sistemas funcionais “auto-poieticamente” autônomos. A partir da crítica a essa proposta de solução, e estimulado por B. Peters, desenvolverei um modelo sociológico que se orienta para o peso empírico do fluxo oficial do poder prescrito pelo Estado de direito (Seção II). Esse peso depende principalmente da capacidade da sociedade civil em desenvolver impulsos vitais através de esferas públicas autônomas e capazes de ressonância, as quais podem introduzir no sistema político conflitos existentes na periferia (Seção III).

I. A democracia no crivo das teorias sociológicas

1

A teoria do pluralismo já tomara como base um conceito empirista de poder. Para ela, uma compreensão instrumentalista da política, segundo a qual o poder político e administrativo constituem apenas formas diferentes de manifestação do poder social, forma o elo entre o modelo liberal de democracia, introduzido acima, e a realidade social. O poder social vale como medida para a força de imposição de interesses organizados. Através de eleições gerais e da concorrência entre os partidos, ele se transforma cada vez mais em poder político, distribuído entre o governo e as oposições. E este, por sua vez, é aplicado no quadro de competências distribuídas segundo a constituição, a fim de implementar as políticas nascidas do jogo de forças sociais, transformando-as em decisões obrigatórias. Numa linha descendente, o poder administrativo também é empregado para influenciar a formação da vontade parlamentar e o jogo de forças que regula os interesses organizados. Esses têm a chance de exercer influência direta na formação da política e no emprego do poder administrativo. Este modelo introduz um processo circular, que liga o poder social dos clientes aos partidos que conseguem o poder político, o processo de legitimação às operações e realizações do Estado e, por último, fechando o círculo, liga esse processo de implementação às pretensões dos clientes. Para a avaliação normativa do processo descrito, é decisiva a idéia de que o poder social encontra-se distribuído de modo mais ou menos igual entre os interesses sociais relevantes. Somente então o equilíbrio de forças sociais pode manter em movimento o fluxo do poder político permitindo que o sistema político elabore efetivamente as pretensões introduzidas e satisfaça os interesses sociais de forma simétrica.

A teoria social do pluralismo insere-se no modelo normativo do liberalismo através de uma simples substituição: o lugar dos cidadãos e de seus interesses individuais é ocupado por organizações e interesses organizados.² Ela parte do princípio, segundo o qual todos os atores coletivos têm aproximadamente as mesmas chances de influenciar os processos de decisão relevantes para eles;

2 Cf. também Bobbio (1987), 28.

que os membros da organização determinam a política das associações e dos partidos; e que estes, por seu turno, são forçados a assumir compromissos e a entrelaçar interesses, levados pelos vários tipos de pertença a associações. A democracia de concorrência forma então um equilíbrio social do poder, no nível de distribuição do poder político, de tal modo que a política estatal leve em consideração um amplo leque de interesses simétricos.³

Ora, a partir do momento em que essas idéias foram falsificadas, o princípio do pluralismo, no sentido de Schumpeter, teve que ser revisado. Uma vez que os grupos de interesses são seletivos e sem muita influência sobre a política das associações, passa-se a pensar que a luta pelo poder se desenrola essencialmente entre elites. Também não foi possível manter de pé a outra idéia, segundo a qual os detentores de posições de poder político dependem de um grande número de atores coletivos que concorrem tendo aproximadamente o mesmo peso político. De modo que restou uma teoria da elite, expurgada dos acréscimos pluralistas, e que reduz essencialmente o papel do processo democrático à escolha plebiscitária entre dirigentes,⁴ portanto a uma seleção de condutores. Ora, no tocante às expectativas normativas, a teoria teria que esclarecer, de que modo “uma política iniciada essencialmente por elites” é capaz de “satisfazer os interesses dos que não são elite”.⁵ Isso fez com que um resíduo de expectativas normativas se deslocasse do lado *input* para o do *output* do sistema administrativo. E, uma vez que os grupos dirigentes rivais não são mais determinados, em suas colocações de objetivos, pela confiança inespecífica de massas de eleitores passivos, a única garantia de que as funções do Estado visam ao bem comum reside na *racionalidade* das elites capazes de decidir e desejosas de inovações. Nasce aqui a imagem de um sistema de administração relativamente independente da sociedade, que *consegue* a necessária lealdade das massas e deter-

mina, de forma mais ou menos própria, as funções e fins políticos. E uma visão normativa coloca o problema das condições nas quais o Estado, uma vez que não é dirigido pelos interesses sociais, pode ao menos desenvolver uma sensibilidade *em relação a* esses interesses. O sistema político tem que assumir a articulação das necessidades públicas relevantes, dos conflitos latentes, dos problemas recalcados, dos interesses que não se deixam organizar, etc.

Desde o final dos anos 60, avolumam-se evidências que impõem uma avaliação mais contida. Há evidências de que o sistema administrativo só pode operar num espaço muito estreito; parece que ele age mais no nível reativo de uma política que tenta contornar crises do que de uma política que planeja. No lado *output*, o “Estado ativo” logo atinge os limites de sua capacidade de regulação, porque sistemas funcionais e grandes organizações se subtraem a intervenções diretas. No lado *input*, o espaço de iniciativa do governo e dos partidos é limitado, além disso, através da imprevisibilidade, tanto dos eleitores esclarecidos, como dos que são mobilizáveis populisticamente, cujos laços com os partidos são cada vez mais frouxos. Com o azedamento da política, os partidos estabelecidos têm que temer pela perda de legitimação provocada pelas vozes de protesto e pelos que não são eleitores. Déficits de legitimação e de regulação favorecem uma espécie de incrementalismo muito próximo do quietismo.

Com isso atingiu-se um ponto no qual os caminhos do desenvolvimento da teoria se bifurcam. De um lado, a *teoria do sistema* elimina os derradeiros laços do modelo normativo que servira de ponto de partida, limitando-se essencialmente aos problemas de regulação de um sistema político declarado autônomo e reassumindo os problemas da velha teoria do Estado; de outro lado, a *teoria econômica da democracia* dedica-se quase que exclusivamente ao processo de legitimação, apoiando-se nos pressupostos de um individualismo metodológico. Do ponto de vista da teoria do sistema, o modo de operação do sistema político mede-se por uma racionalidade auto-reflexiva da regulação, que corrói o conteúdo normativo da democracia, permitindo apenas uma distribuição alternada do poder entre governo e oposição. Do ponto de vista da teoria da decisão, esse conteúdo normativo se esvai no comportamento racional dos participantes do processo democrático que decidem votar. E os problemas produzidos no interior das teorias, que levaram inclusive a revisões,

3 F. Scharpf. *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung*. Konstanz, 1970, 29ss.

4 J. A. Schumpeter. *Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie*. Berna, 1950, 427ss.; sobre a crítica cf. B. Bachrach. *Die Theorie demokratischer Eliteherrschaft*. Frankfurt/M, 1967.

5 Scharpf (1975), 39.

nem sempre consistentes, revelam que ambos os princípios levaram longe demais a terapia do emagrecimento normativo.

Ao demonstrar a racionalidade do comportamento dos eleitores e dos políticos, a *teoria econômica da democracia* tinha tentado capturar empiricamente algumas intuições normativas do liberalismo.⁶ Segundo esse modelo, os eleitores traduzem, através de seus votos, um auto-interesse mais ou menos esclarecido, que se apresenta na forma de pretensões dirigidas ao sistema político; ao passo que os políticos, que gostariam de adquirir ou manter cargos, *trocaram* esses votos pela oferta de determinadas políticas. Das transações entre eleitores que decidem racionalmente, e elites políticas, resultam decisões racionais na medida em que levam em consideração os interesses particulares agregados e avaliados equitativamente. No processo subsequente, a discussão sobre o assim chamado “paradoxo do eleitor racional” deu uma certa guinada. A premissa segundo a qual os sujeitos particulares se envolvem numa eleição levados exclusivamente por interesses próprios tinha que ser esclarecida através de uma hipótese que logo se mostrou falsa, ou seja, a de que a taxa da participação não varia quando os eleitores têm a expectativa de poderem contribuir com o seu voto para decidir uma disputa apertada. Por isso, o modelo egocêntrico de decisão foi alargado com o auxílio do conceito “metapreferência” e estendido a considerações auto-referentes, porém, éticas.⁷ No final de tudo, porém, evidências empíricas falavam contra todos os modelos que partem de uma base de decisão egocêntrica, por mais dilatada que seja, e que descuidam os contextos sociais da transformação de interesses e de orientações valorativas.⁸

6 A. Downs. *An Economic Theory of Democracy*. New York, 1957.

7 A. Sen. “Rational Fools”, in *Philosophy and Public Affairs*, 6, 1977, 328ss.

8 J. Mansbridge. “Self-Interest in Political Life”, in *Political Theory*, 18, 1990, 132-153: “Os modelos da escolha racional devem alargar não somente a categoria dos móveis que eles levam em conta, mas também os contextos nos quais são desenvolvidos, principalmente para saber em que contexto um modelo, colocado sob a premissa de um determinado tipo de motivação, é o mais apto para predizer o comportamento de certos atores”, 145.

Revisões recentes levam em conta, por exemplo, o efeito de filtro, desenvolvido por arranjos institucionais, os quais funcionam como uma “lavanderia”, trazendo à tona argumentos normativos. Desta maneira, processos institucionalizados podem promover um agir político “responsável”: “*Agir responsabilmente significa que o agente assume em relação às próprias ações, e no futuro exactum, a perspectiva metódica de alguém que é, ao mesmo tempo, ele mesmo, um especialista e um outro generalizado, validando assim, de modo objetivo, social e temporal, os critérios do agir*”.⁹ Apoiando-se na perspectiva do “outro generalizado”, de G. H. Mead, C. Offe aproxima-se de um conceito de formação da opinião e da vontade o qual, como ainda terei ocasião de mostrar, rompe o quadro conceitual de uma teoria da ação empírica.

A *teoria dos sistemas* abandona o nível dos sujeitos da ação, sejam eles indivíduos ou coletividades, e, amparada na densificação dos complexos organizatórios, chega à conclusão de que a sociedade constitui uma rede de sistemas parciais autônomos, que se fecham uns em relação aos outros através de semânticas próprias, formando ambientes uns para os outros. A interação entre tais sistemas não depende mais das intenções ou dos interesses de atores participantes, mas de modos de operação próprios, determinados internamente.¹⁰ Dessa estratégia conceitual resulta, de um lado, o abandono de um conceito hierárquico de sociedade, centrado no Estado. O próprio sistema político, especializado na produção de decisões coletivamente obrigatórias, perde os seus privilégios de intervenção, tendo que afirmar-se de forma oportunista contra todos os outros sistemas funcionais (inclusive contra o sistema do direito). De outro lado, passa a prevalecer a compreensão da política centrada no Estado, já sugerida no

9 C. Offe. “Bindung, Fessel, Bremse”, in A. Honneth *et al.* (eds.) *Zwischenbetrachtungen*. Frankfurt/M, 1989, 758.

10 Sobre a crítica, cf. F. W. Scharpf. “Politische Steuerung und politische Institution”, in Hartwich (1989), 17-29, como também a controvérsia entre F. W. Scharpf e N. Luhmann no número especial intitulado “Atividade do Estado”, da revista *Politische Vierteljahresschrift*, 19, 1988, 61-87, ou também, *Politische Vierteljahresschrift*, 30, 1989, 5-21.

modelo liberal. A teoria dos sistemas atribui a formação política da opinião e da vontade, dominada pela concorrência entre os partidos, a um público de cidadãos e de clientes incorporados ao sistema político, porém desligados das raízes que os prendem ao mundo da vida, isto é, a sociedade civil, a cultura política e a socialização. Neste contexto, o governo e a administração não formam apenas o complexo com maior densidade organizatória, uma vez que desencadeiam um fluxo oposto à circulação oficial do poder: a administração se auto-programa, na medida em que dirige o processo legislativo através de projetos do governo, obtém a lealdade maciça do público de cidadãos através de partidos estatizados e se põe em contato direto com seus clientes.¹¹ O aumento da complexidade social faz com que os pesos se desloquem em favor de um fluxo informal, de tal sorte que a pergunta: “como é possível, em tais circunstâncias, a responsabilidade política?” perde o seu sentido.¹² Uma teoria dos sistemas que expeliu de seus conceitos qualquer resquício de normatividade torna-se insensível em relação aos freios normativos contidos no fluxo do poder regulado pelo Estado de direito. Ela contribui, é verdade, para uma teoria da democracia, na medida em que observa com nitidez o modo como o processo democrático é solapado pela pressão de imperativos funcionais. Entretanto, ela é incapaz de criar qualquer tipo de moldura para uma *nova* teoria da democracia, pois analisa o processo político essencialmente sob pontos de vista da auto-regulação do poder administrativo e divide a política e o direito entre vários sistemas funcionais, fechados recursivamente sobre si mesmos.

Todavia, este ganho “realista” proporcionado pela observação seletiva sobrecarrega a teoria com um problema colateral inquietante. Segundo sua descrição, todos os sistemas funcionais

conseguem sua autonomia através da criação de códigos e de semânticas próprias, não traduzíveis entre si. Com isso, perdem a capacidade de comunicar diretamente entre si, limitando-se apenas à “observação” mútua. Tal “autismo” atinge especialmente o sistema político, o qual se fecha auto-referencialmente em relação a seus ambientes circundantes. E este encapsulamento autopoiético o impede quase por completo de integrar a sociedade em seu todo – mesmo sabendo que ele se especializa em ações de regulação, capazes de eliminar estorvos nestes sistemas e de recompor os sistemas funcionais em vias de isolamento, de um modo “compatível com os ambientes”. Porém, não se vê como o sistema político possa superar o hiato que separa a autonomia dos diferentes sistemas funcionais, garantindo sua coesão: “*O núcleo do problema está na improbabilidade de que aconteça uma comunicação entre unidades autônomas, que operam de modo auto-referencial*”.¹³ A história dos princípios “realistas” conduz, de um lado, a uma teoria econômica da democracia, que pretende nos ensinar algo sobre as características instrumentais da formação democrática da vontade; de outro lado, a uma teoria dos sistemas, que quer provar a impotência dessa formação. Ambos os princípios operam com conceitos de poder insensíveis à relevância empírica da constituição do poder do Estado de direito, porque não focalizam o nexa constitutivo que existe entre direito e poder político. Essa deficiência se revela, em última instância, nas questões elaboradas exaustiva e instrutivamente por Jon Elster e Helmut Willke. Cumpre salientar que as revisões de Elster levam a uma reabilitação inesperada do conceito de política deliberativa.

2

A teoria da escolha racional, que se apresenta com pretensões de ciência social explicativa, ainda gira, de certa forma, em torno do problema hobbesiano. Ela não é capaz de explicar como atores que agem estrategicamente são capazes de estabilizar suas relações sociais através de decisões racionais. Não nos interessam os detalhes da autocrítica.¹⁴ Porém, o modo como J. Elster aborda as

11 N. Luhmann. *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*. Munique, 1971, 46: “A administração prepara os projetos para a política e domina as comissões parlamentares e instituições semelhantes. Com o auxílio de suas organizações partidárias, a política sugere ao público o que escolher e por que. O público, por sua vez, influencia a administração através dos mais diferentes canais, tais como organizações de interesses, chegando até a apelar para as lágrimas nos gabinetes administrativos”.

12 Luhmann (1981), 48.

13 H. Willke. *Ironie des Staates*. Frankfurt/M., 1992, 345.

dificuldades que aparecem quando essa teoria é aplicada aos processos políticos. Em primeiro lugar, não são realistas neste contexto as idéias segundo as quais possibilidades de escolha e preferências são tratadas como algo dado; ambas transformam-se no próprio processo político. As preferências que se obtêm através de entrevista individual não refletem de modo confiável as reais preferências dos entrevistados, quando levamos em conta as preferências que *poderiam manifestar-se* após a avaliação de informações e de argumentos. A mudança política de valores e enfoques não é um processo de adaptação cega, porém o resultado de uma formação construtiva da opinião e da vontade. Elster caracteriza isso como formação “autônoma” de preferências: “*a autonomia é para os desejos o que o juízo é para as crenças*”.¹⁵

Não é realista a idéia segundo a qual todo comportamento social é concebido como agir estratégico, podendo ser explicado como o resultado de um cálculo egocêntrico de possíveis vantagens. A força sociológica e explicativa desse modelo é visivelmente limitada: “*Mesmo que haja o risco de um comportamento egoísta, o nível de sua presença efetiva varia muito. Grande parte da literatura relativa à escolha social e à escolha pública, que presume ser o comportamento universalmente oportunista, parece ter perdido o contato com um mundo real, onde se pode encontrar muita honestidade e senso de dever. Se as pessoas adotassem sempre um comportamento oportunista e o conseguissem impor, a civilização tal qual nós a conhecemos não existiria*”.¹⁶

Anos atrás, estas e outras considerações levariam Elster a ampliar a base de decisão para o agir social, fazendo-o incluir envolvimento ético-sociais e razões morais, e a descrever o processo democrático como um mecanismo que modifica preferências através de discussões

públicas.¹⁷ O que lhe interessa, antes de tudo, são os aspectos procedimentais de tal formação racional da vontade.¹⁸ E, para que esta idéia pudesse frutificar, ele submeteu o modelo da escolha racional a duas revisões profundas.

Inicialmente, Elster amplia a teoria, introduzindo um novo tipo de ação. Ao lado do agir *estratégico*, dirigido pelas preferências próprias e (em condições de informação incompleta) orientado pelos efeitos, entra o agir *regulado por normas*. Esse último forma um tipo elementar de ação, que não pode ser reduzido ao agir estratégico.¹⁹ Opondo-se ao argumento segundo o qual normas servem apenas para a justificação póstuma do agir oportunista, Elster apresenta o argumento segundo o qual ninguém conseguiria utilizar estrategicamente normas num caso concreto, se ele não pudesse supor em geral o reconhecimento intersubjetivo de normas. Nesta medida, e do ponto de vista lógico, a validade social de normas antecede o ganho propiciado por uma orientação que simula seguir tais normas. Também não é convincente a segunda objeção, segundo a qual o agir conforme a normas é estratégico, mesmo quando visa evitar sanções internas (sentimentos de vergonha e de culpa). Pois a abordagem racional das consequências de um comportamento, presumidamente irracional, não esclarece como se chega a esse comportamento, tido como o resultado da internalização prévia de uma norma de comportamento, pois nós não podemos decidir-nos racionalmente por um comportamento irracional.

Tais considerações revelam, de outro lado, que o novo tipo de ação, introduzido por Elster, ainda está preso a premissas empiristas. De acordo com sua proposta, a única diferença entre a ação regulada por normas, e a estratégica, consiste no fato de que esta última não se orienta pelos efeitos visados pela ação. O *homo oeconomicus* possui

14 Th. Schelling. *Micromotives and Macrobehavior*. Nova Iorque, 1978, 225s.; H. Simon. “Rational Decision Making in Business Organizations”, in *Models of Bounded Rationality*. Vol. 2, Cambridge: Mass, 1982, 486s.

15 J. Elster. “The Market and the Forum”, in J. Elster, A. Hylland (eds.). *Foundations of Social Choice Theory*. Cambridge, 1986, 109.

16 J. Elster. “The Possibility of Rational Politics”, in D. Held (Ed.). *Political Theory Today*. Oxford, 1991, 120.

17 Elster (1986), 112.

18 Elster (1986), 117: “Na medida em que muitas coisas dependem da estrutura e dos procedimentos, a simples decisão de se engajar num debate racional não garante de per si que as transações serão efetivamente conduzidas de modo racional”.

19 Sobre o que segue, cf. J. Elster. *The Cement of Society*. Cambridge, 1989, cap. 3.

uma vantagem em relação ao *homo sociologicus*, a qual consiste na racionalidade pragmática, dirigida a fins.²⁰ Nesta perspectiva, normas e orientações valorativas fogem a considerações racionais, pois fundamentam expectativas de comportamento mantidas, contrafaticamente, imunes à aprendizagem. Consequentemente, Elster, ou despoja as normas morais de seu caráter obrigatório, no sentido do utilitarismo, passando a incluí-las entre as regras de decisão do agir orientado a fins, ou as computa entre as normas obrigatórias do comportamento, no sentido de uma ética deontológica da consciência, e, neste caso, elas perdem seu caráter racional.

E, enquanto a normatividade for excluída da racionalidade e vice-versa, as coordenações motivadas racionalmente não podem assumir outra forma que não seja a de uma combinação entre atores que agem estrategicamente. O acordo racional passa a significar o mesmo que '*bargaining*' – a barganha ou negociação de compromissos. Ora, tais negociações vêm acompanhadas por normas em forma de limitações empíricas e outras, que implicam o desejo de cooperação de atores que se orientam pelo sucesso. Neste sentido, Elster desenvolve um paralelograma de forças, capaz de explicar processos de negociação regulados normativamente, os quais são tidos como um *conjunto onde interagem* expectativas racionais de sucesso apoiadas em normas sociais.²¹

No entanto, esse modelo de explicação dos motivos normativos da ação é incapaz de esclarecer por que as preferências dos participantes podem modificar-se racionalmente durante a formação política da vontade, podendo surgir novas opções. Na medida em que o processo político não se reduz a uma formação de compromissos segundo certas regras e sob o impacto de ameaças reais, Elster introduz "argumentações" capazes de suplementar o mecanismo das "negociações": "Ar-

gumentação racional, de um lado; ameaças e promessas, de outro, são os veículos principais através dos quais as partes procuram realizar um acordo. A primeira está sujeita a critérios de validade; ao passo que as outras dependem de critérios de credibilidade".²² Os critérios de validade introduzem um novo tipo de comunicação e de coordenação da ação. Se é verdade que os partidos podem aderir a um compromisso negociado, apoiando-se em vários tipos de argumentos, é verdade também que o acordo produzido argumentativamente tem que apoiar-se em argumentos idênticos, capazes de convencer os partidos *da mesma maneira*. A força consensual de tais argumentos reflete-se na idéia de imparcialidade que guia os discursos práticos.²³

Daí a necessidade de rever, mais uma vez, a primeira revisão. Pois a idéia do julgamento imparcial de interesses e de conflitos de ação introduz, no fluxo da argumentação, uma parte das normas que até agora eram tidas como irracionais. Para admitir o novo mecanismo de coordenação da ação, ou seja, a comunicação entre participantes da argumentação que agem em função do entendimento, ao lado de atores que procuram influenciar-se estrategicamente, Elster tem que alargar o conceito de racionalidade e aceitar a idéia de que as normas e orientações valorativas possuem um núcleo racional. Isso pode ser conseguido através da pretensão racional do conceito deontológico da justiça, que permite fundamentar direitos legítimos.²⁴ Pois a tarefa da política não consiste apenas em eliminar regulamentações ineficientes

22 J. Elster. "Arguing and Bargaining in Two Constituent Assemblies". *The Storr Lectures*. Yale Law School, 1991., manuscrito, 37s.

23 Sobre a recepção crítica do conceito agir comunicativo pela teoria do jogo, cf. J. Johnson. "Habermas on Strategic and Communicative Action", in *Political Theory*, 19, 1991, 181-201.

24 "Dada a fragilidade do pensamento instrumental na política, a concepção da justiça aqui escolhida não pode ser consequencialista, à maneira do utilitarismo. Ao contrário, ela deve ser focalizada a partir do direito natural dos indivíduos a uma participação igual nas tomadas de decisão e no bem-estar social". Elster in Held (1991), 116.

20 "Supõe-se que o primeiro é guiado por uma racionalidade instrumental, ao passo que o comportamento do segundo é ditado por normas sociais. O primeiro é 'atraído' pela perspectiva de recompensas futuras, enquanto o segundo é 'empurrado' por forças quase-internas. O primeiro se adapta a circunstâncias variáveis ... O segundo ... atém-se ao comportamento prescrito, mesmo tendo à sua disposição opções novas e aparentemente melhores". Elster (1989), 97.

21 Elster (1989), 231ss.

e antieconômicas, mas também em criar e garantir condições de vida, no interesse simétrico de todos.²⁵

Apoiando-se nesses conceitos revisados, Elster desenvolve uma análise empírica das discussões havidas nas assembleias constituintes de Filadélfia (1776) e de Paris (1789 até 1791). O seu ponto de partida consiste numa distinção entre “barganha” e “argumentação”, sendo que as “argumentações” incluem argumentos de justiça e argumentos ético-políticos, referidos ao “bem comum da nação”. Ao comparar entre si os dois primeiros processos da legislação moderna, Elster descobre que a formação parlamentar da opinião e da vontade não pode ser explicada segundo as premissas empiristas de um equilíbrio de interesses, regulado pelo poder. Pois esse processo envolve discursos e negociações; mesmo assim, a formação do compromisso realiza-se, muitas vezes, de maneira espontânea, não satisfazendo às condições de equidade de negociações reguladas.²⁶ Ora, as *Storr Lectures*, de Elster, permitem uma dupla interpretação: a primeira, se nos concentrarmos no seu conteúdo manifesto; a segunda, se isolarmos o papel lógico e argumentativo de fragmentos de seu discurso. Sob aspectos de conteúdo, eles reconstroem uma parte da história legal, a qual revela que a “vontade do constituinte” pretendeu estabelecer um sistema de direitos destinado a garantir, na respectiva constelação, a autonomia política dos cidadãos através da institucionalização de uma formação da opinião e da vontade *imparcial*. Nesta linha, a contribuição de Elster pode ser tomada, ao menos implicitamente, como um teste histórico-constitucional para a interpretação do Estado de direito, elaborada pela teoria do discurso.

25 Elster, in Held (1991), 120.

26 Elster enfrenta a objeção segundo a qual a estrutura excepcional de assembleias constituintes contradiz o sentido da hipótese, chamando a atenção para o caráter excepcional das situações revolucionárias desencadeadas através de crises de legitimação, nas quais as ameaças – por parte dos Estados do sul, dispostos à emigração, ou por parte do rei disposto a intervir – possuem um efeito acima de tudo polarizador.

Seu objetivo explícito, no entanto, consiste numa reconstrução racional de padrões da argumentação, a qual deve mostrar que as resoluções do legislador político foram motivadas racionalmente, ao menos até um certo limite, através do entrelaçamento de dois elementos: o entendimento apoiado na validade e o influenciamento orientado pelo sucesso.²⁷ Elster procura estudar o modo como esses dois mecanismos interagem entre si. E constata que o curso atual dos debates, como era de se esperar, mesmo desviando-se dos processos ideais da política deliberativa, é afetado por seus pressupostos. Os pressupostos comunicacionais que permitem regular deliberativamente as contendas estão institucionalizados eficazmente em corporações parlamentares, permitindo que o processo democrático filtre argumentos e deixe vir à tona os que são capazes de produzir legitimidade.

Nem todos os interesses podem ser representados publicamente. Por isso, a esfera pública das comunicações políticas – (destacada por Kant) e aliada à expectativa de que os proponentes são consistentes em seus proferimentos e capazes de explicar coerentemente as suas propostas – exerce uma coerção procedimental saudável. Nestas condições, por exemplo, a camuflagem de interesses não justificáveis publicamente através de argumentos éticos ou morais obriga o proponente a compromissos que poderão desmascará-lo, na primeira ocasião, como inconsistente ou forçá-lo a levar em consideração os interesses dos outros, se quiser manter a sua credibilidade.²⁸

27 “O processo de elaboração da constituição pode esclarecer os dois tipos de atos de fala que designarei através dos termos ‘argumentar’ e ‘negociar’. Para entender os debates constitucionais, nós podemos tirar proveito do pensamento de Jürgen Habermas e de Thomas Schelling ... Mesmo que minhas ilustrações se refiram principalmente às duas assembleias constituintes, muito daquilo que eu teria a dizer aplica-se melhor aos legisladores, às comissões e organismos semelhantes”. Elster (1991), 4.

28 Elster (1991), 91-92: “A imparcialidade é logicamente anterior à tentativa que visa explorá-la (ou à necessidade de respeitá-la) para fins auto-interessados. Isso, porém, não significa que as preocupações imparciais sejam muito difundidas. Outros contextos

Estas e outras considerações semelhantes levam a concluir que as condições para uma formação política racional da vontade não devem ser procuradas apenas no nível individual das motivações e decisões de atores isolados, mas também no nível social dos processos institucionalizados de formação de opinião e de deliberação. Estes podem ser considerados como arranjos que influenciam as preferências dos participantes, pois eles selecionam os temas, as contribuições, as informações e os argumentos, de tal modo que somente os que são “válidos” conseguem atravessar, em caso ideal, o filtro das negociações equitativas e dos discursos racionais, assumindo importância para as tomadas de resolução. Isso implica uma mudança de perspectivas: passa-se da teoria da escolha racional para a da teoria do discurso: “*Estas instituições – trata-se da constituição americana – foram concebidas para desempenhar o papel de virtude ‘oculta’ ou ‘sedimentada’, tornando inútil, até certo ponto, tanto para os governantes como para os governados, o exercício prático de virtudes, tais como a veracidade, a sabedoria, a razão, a justiça e todos os tipos de qualidades morais excepcionais*”.²⁹ A razão prática é implantada nas formas de comunicação e nos processos institucionalizados, não necessitando, pois, incorporar-se exclusiva ou predominantemente nas cabeças de atores coletivos ou singulares. A pesquisa de Elster oferece sustentação para a idéia de que

ensinaram-nos que uma pequena porção de cooperadores é suficiente, no quadro de uma população, para levar todos a comportar-se ‘como se fossem’ verdadeiros cooperadores. De modo semelhante, um pequeno grupo de indivíduos imparciais poderia induzir um grande número a imitar sua imparcialidade em função de interesses egoístas ... De modo que a norma oposta à manifestação de interesses egoístas será mais forte nos dispositivos públicos do que no quadro dos debates que se desenrolam a portas fechadas. Além disso, um dispositivo público encorajará o uso de engajamentos prévios em nome de princípios, tendo como caixa de ressonância para a pretensão a audiência mais ampla, e dificultando mais a sua desistência”.

29 C. Offe e U. K. Preuss. “Democratic Institutions and Moral Resources”, in Held (1991), 149.

o nível discursivo das comunicações políticas observáveis pode ser tomado como uma medida para avaliar a eficácia da razão procedimentalizada. Os resultados da política deliberativa podem ser entendidos como um poder produzido comunicativamente, o qual concorre com o potencial de poder de atores que têm condições de fazer ameaças, e com o poder administrativo que se encontra nas mãos de funcionários.

II. Um modelo de circulação do poder político

A teoria dos sistemas não é levada necessariamente a negar a existência dos fenômenos de um poder comunicativo gerado no interior do complexo parlamentar – nem de uma influência adquirida na esfera pública política; contudo suas descrições desses fenômenos são de tal tipo que os desmascaram *a fortiori* como impotência do poder comunicativo. Nesta visão, o sistema político pode prescindir das fontes autônomas do direito legítimo, após a positivação completa deste último. Isso significa que a política, seguindo o caminho de outros sistemas funcionais, tornou-se independente, transformando-se num círculo de comunicação fechado em si mesmo. Ligando-se ao sistema do direito, responsável pela garantia da legalidade, tal política contingente, apoiada apenas na auto-referência, extrai de si mesma tudo de que necessita em termos de legitimação. Pois a necessidade de legitimação pode ser coberta de modo paternalista, tanto nas estruturas de maior densidade organizacional, como nas linhas que ligam o governo e a oposição, na concorrência entre os partidos, e até na rede subcomplexa do público de eleitores. Essa imagem luhmanniana da autolegitimação de uma política ancorada no aparelho do Estado começa a apresentar rachaduras a partir do momento em que o princípio da teoria do sistema é confrontado com a tarefa de “pensar a teoria do Estado na perspectiva de uma sociedade eticamente responsável e responsável pela ética”.³⁰

A seguir, submeterei a teoria do Estado, de Wilke, que é bastante original, a uma crítica imanente (1), a fim de desenvolver um modelo sociológico adequado ao conceito de política deliberativa (2).

30 Wilke (1992), 12.

Em sua filosofia do direito (§§ 250-256), Hegel atribuíra às corporações a tarefa importante de mediar entre a sociedade civil e os órgãos do Estado. À luz do debate sobre o neocorporativismo, H. Wilke tenta submeter esse Estado hegeliano, formado por corporações, porém destituído de sua ponta monárquica, a uma interpretação na linha da teoria dos sistemas. Ele descreve as ações combinadas, mesas redondas e associações de coordenação de todos os tipos, surgidas nas áreas cinzentas situadas entre Estado e sociedade, como sistemas de negociação sintomáticos que permitem à política assumir a forma de um supervisor terapêutico que mantém a unidade social global em meio a uma sociedade descentrada, a qual não pode mais ser representada pelo Estado. De um lado, Wilke, seguindo Luhmann, tem em mente um sistema político que se transformou num sistema parcial em meio a outros sistemas parciais, destituído de qualquer pretensão de primado social, e incapaz de integrar a sociedade como um todo; de outro lado, ele reintroduz, pela porta dos fundos, o Estado como garantia de uma integração de estamentos sociais.

Por mais surpreendente que possa parecer a resposta, a questão ultrapassa os limites da guinada autopoietica da teoria do sistema. Segundo a lógica da diferenciação funcional de uma sociedade, os sistemas parciais diferenciados são reintegrados no nível da sociedade como um todo. Pois, se a sociedade descentrada não pudesse mais manter sua unidade, também não poderia mais aproveitar-se do aumento de complexidade de suas partes e cairia vítima de seus ganhos em termos de diferenciação. Parece que a sociedade, transposta para a autopoiesis, caminha para esse beco sem saída; pois os sistemas funcionais dão o último passo rumo à autonomia, através de semânticas especializadas próprias, as quais, apesar de todas as vantagens oferecidas, suspendem a troca direta de informações com o ambiente. E, a partir deste momento, todos os sistemas funcionais passam a construir sua própria imagem da sociedade. Eles perdem o domínio sobre uma linguagem comum, na qual seria possível representar, para todos e da mesma maneira, a unidade da sociedade. O entendimento fora de códigos específicos passa a ser tido como coisa ultrapassada. Isso equívale a afirmar que cada sistema perde a sensibilidade em relação aos custos que inflige a outros sistemas. Não há mais um lugar onde problemas relevantes para a reprodução da sociedade *em sua*

totalidade possam ser percebidos e elaborados. Pois, as linguagens especializadas esgotam de tal maneira a linguagem comum – e os sistemas funcionais o mundo da vida – que essa linguagem e esse mundo da vida não representam mais uma caixa de ressonância suficientemente complexa para a tematização e o tratamento de problemas que envolvem a sociedade como um todo. Sob essa premissa, nem a esfera pública política é capaz de formar essa caixa de ressonância, pois tanto ela como o público de cidadãos estão atrelados ao código do poder, devendo satisfazer-se com uma política simbólica.

De outro lado, o enfraquecimento da capacidade de integração significa um desafio para a política e o direito. Esse enfraquecimento reproduz, de certa maneira, um choque que ambos sofreram ao perder a legitimidade religiosa. A questão acerca da possibilidade de organização da unidade da sociedade, que não está mais nas mãos do Estado, não se coloca mais como uma questão de legitimação *imediata*. Pois a medida da legitimidade só vale, como é sabido, para questões que podem ser decididas politicamente; não pode ser aplicada a problemas da *sociedade tomada como um todo*. Não obstante, a obtenção rotineira de legitimação é agravada por problemas de irracionalidade em nível da sociedade como um todo, uma vez que o direito e a política assumiram uma espécie de garantia por perdas. De qualquer modo, Willke diagnostica o retorno de uma problemática de legitimação, *induzida* pela insuficiente integração da sociedade como um todo e que *toma como medida* uma “racionalidade do sistema global”. E esta legitimação deve ser conseguida através de processos políticos de sintonia entre diferentes sistemas funcionais. Por conseguinte, a visão neocorporativista de Wilke “*visa à configuração das relações entre sistemas parciais autônomos, interpendentes e capazes de ação, os quais não obedecem mais ao primado de uma das partes, nem deduzem a racionalidade do sistema global da validade daquilo que é universal, mas da harmonização reflexiva do particular*”.³¹ Segundo o seu diagnóstico, os sistemas políticos das sociedades ocidentais já se encontram no caminho para o Estado supervisor. Eu sintetizo em três pontos a descrição de tal sociedade que seria integrada e, ao mesmo tempo, tutelada através de um equilíbrio intersistêmico:

31 Willke (1992), 205.

(a) Através de sistemas de negociação não hierarquizados, o Estado supervisor procura afinar-se com sistemas sociais funcionais da sociedade, os quais, ou têm problemas em suas próprias operações e realizações e, neste caso, necessitam de uma “ajuda para o desenvolvimento”, ou sobrecarregam o ambiente e, neste caso, têm que ser contidos e levados a um maior “comedimento”. Todavia, as próprias estruturas dos sistemas auto-referenciais determinam em que medida eles podem ser ativados para mudanças estruturais. Por isso, o Estado supervisor tem que exercer uma “política de opções”, semelhante à do planejamento econômico, a qual não se contenta com estímulos e normas proibitivas. Pois ela leva em conta o modo de operar e os graus de liberdade do sistema a ser regulado e exerce influência sobre sua auto-regulação através de mudanças adequadas do contexto. As dificuldades de planejamento no campo da política, da saúde, da tecnologia ou da ciência, analisadas com frequência, fornecem provas plausíveis de que as intervenções diretas do Estado encontram barreiras; de outro lado, o conselho empresarial é tido como modelo de estratégia que amarra diferentes sistemas fechados num “conjunto produtivo e autovinculante”.

(b) A política reguladora do sistema tem que continuar servindo-se da linguagem do direito, em especial do direito reflexivo, porém não necessita mais de seus programas condicionais ou teleológicos.³² A política coloca à disposição dos sistemas regulados “formas” que lhes permitem estabelecer suas próprias prioridades, de tal modo que as preferências predefinidas no interior do sistema adquirem um novo *status*. Elas têm que continuar interpretando a sua própria melodia, porém num ritmo diferente. Neste intuito, o direito civil, concebido no espírito do individualismo, deve ser estendido a atores coletivos e transposto do contexto pessoal para o das relações do sistema. A proteção jurídica fornece exemplos para os novos bens coletivos da sociedade de alto risco: a proteção contra a destruição do meio ambiente, contra a contaminação atômica ou a modificação letal da herança genética e, em geral, a proteção contra os efeitos colaterais e não controlados que

podem ser causados por grandes instalações técnicas, produtos farmacêuticos, experimentos científicos, etc. O direito não pode assumir a forma de edições sucessivas, nem impor uma regulação autoritária; ele deve assumir, ao invés disso, a figura de “programas de relação”, que levam o próprio sistema que está gerando os perigos a re-orientações na regulação. Desta maneira, o direito funciona como catalisador de transformações internas.

(c) Ao passar do plano da formação democrática da opinião e da vontade das pessoas para o das relações intersistêmicas, a integração deve manter intacto o “conteúdo essencial” da democracia. Willke mantém a idéia da “instauração de discursos sociais” e da “sintonia entre autores autônomos através de discursos racionais”.³³ Pois os processos de sintonização realizam-se conforme processos (democráticos?) que regulam as relações comunicacionais entre as unidades descentradas: “*O consenso é necessário para definir as bases e os limites do dissenso, a fim de que este não se propague a ponto de dissolver o sistema*”.³⁴ E quando Willke acrescenta nesta passagem “*que o consenso é utilizado apenas como a linha imaginária, reconstituída incessantemente, onde, a partir do momento em que ela é estabelecida, as diferenças e o dissenso podem estabelecer-se para tentar dissolvê-la*”, o próprio momento idealizador, inerente à validade do entendimento, passa a ser captado na descrição da teoria do sistema. No entanto, o significado de tais termos é metafórico, pois eles são tomados de empréstimo ao vocabulário intersubjetivista de uma outra tradição teórica, e à luz de premissas diferentes.

Em primeiro lugar, o “diálogo” dos sistemas funcionais, ao contrário da prática comunicativa das pessoas privadas, não trata mais de normas, valores ou interesses; ele se limita, ao invés disso, ao fim cognitivo da intensificação reflexiva do saber sistêmico. O intercâmbio entre especialistas, que se esclarecem mutuamente sobre o modo de operar de seus respectivos domínios funcionais, deve superar a cegueira específica de sistemas de ação auto-referenciais. Ele se assemelha mais a um curso de aperfeiçoamento, do tipo dos que se encontram na literatura sobre executivos, nos quais

32 G. Teubner. “Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege”, in F. Kübler (ed.) *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*. Baden-Baden, 1984, 289-2344.

33 Willke (1992), 202.

34 Willke (1992), 49.

o moderador estimula os executivos, oriundos de vários ramos, a assumir o papel de conselheiro para os problemas empresariais de outros ramos. Em segundo lugar, as regras desse diálogo, que são as “regras que regulam as conferências”, perdem o conteúdo universalista das regras que comandam o processo democrático; e o círculo dos sistemas funcionais “que demandam terapia” não pode pretender representatividade.

Essa proposta interessante para a solução do grave problema da integração da sociedade como um todo levanta dificuldades que eu gostaria de comentar, uma vez que elas ajudam a colocar na luz correta o problema da legitimação, que é escamoteado pela teoria do sistema.

ad (a) Na sua forma clássica, o problema hobbesiano tinha se colocado da forma seguinte: de que modo o encontro das perspectivas egocêntricas de indivíduos que agem no interesse próprio pode produzir uma ordem capaz de obrigar os atores individuais a levar em conta os interesses de outros? Esse problema, que ainda não foi resolvido pela teoria da escolha racional, assume uma forma diferente na teoria do sistema. Pois uma ordem que se estabiliza por si mesma tem que ser explicada a partir da sintonia cognitiva entre perspectivas do sistema. Como se pode ver, a teoria dos sistemas despojou-se da dimensão prática de normas de ação e substituiu o “altruísmo” racionalmente fundamentado por um intercâmbio entre sistemas funcionais. Na versão puramente epistêmica, porém, o problema de Hobbes coloca-se de modo mais agudo, porque o egocentrismo das perspectivas que se entrelaçam não é mais determinado através de orientações valorativas e de preferências próprias, porém através de *gramáticas próprias de interpretação do mundo*. Sistemas autopoieticamente fechados não compartilham mais um mundo comum, como é o caso dos indivíduos em estado natural. Nesta medida, o problema de uma comunicação eficaz entre unidades autônomas, com perspectivas próprias e operantes de modo auto-referencial, corresponde, de forma bastante precisa, ao problema fenomenológico da construção de um mundo compartilhado intersubjetivamente a partir das realizações monadológicas de sujeitos transcendentais. Nem Husserl e (nem Sartre) conseguiram resolver esse problema da intersubjetividade,³⁵ e a teoria dos sistemas é incapaz de explicar como sistemas autopoieticamente fechados conseguem romper o cír-

culo da regulação auto-referencial da autopoiesis e da auto-referência.³⁶

A espiral reflexiva de uma observação recíproca de auto-observadores estranhos entre si não consegue romper o círculo da respectiva observação de si mesmo e do estranho, ou melhor, ela não consegue dissolver a obscuridade da intransparência recíproca.³⁷ Para poderem “entender” e não apenas “observar” o modo de operar e a auto-referência de um outro sistema, e para conseguirem uma “imagem” de acordo com o código próprio, os sistemas participantes teriam que dispor de uma linguagem que fosse comum, ao menos em parte; porém isso é impossível: *“Uma comunicação bem-sucedida pressupõe que as partes apresentem informações reciprocamente relevantes, de tal maneira que possam ser ‘lidas’, isto é, entendidas também em contextos onde imperam critérios estranhos de regulação. O desafio consiste em produzir compatibilidade entre ‘jogos de linguagem’ diferentes, uma vez que a ‘linguagem’ se vincula a diferentes realidades e projetos de mundo. Por isso, temos que admitir que a estrutura profunda da ordem das sociedades complexas também está vinculada à gramática de informações compreensíveis”*.³⁸ No entanto, as “regras de transferência” que compõem tal gramática não são fornecidas pelas regras gramaticais de uma linguagem comum que circula na sociedade. Pois, a exemplo do direito privado internacional, elas têm que ser construídas preliminarmente como normas destinadas a enfrentar colisões, as quais constroem, na visão de cada sistema, pontes para o entendimento com outros sistemas. Todavia, o fato de os sistemas participantes produzirem tais regras para si mesmos não significa que eles tenham superado o perspectivismo semântico: pode-se dizer que conseguiram, quando muito, criar uma base para um novo degrau de desenvolvimento. Por isso, o necessário *entrelaçamento de perspectivas* ainda fica à espera da emergência de um novo sistema de regras.

35 Cf. minha segunda aula do curso-Gauss, in HABERMAS, J. (1984), 35ss.

36 Cf. meu excuro a Luhmann in HABERMAS, J. *Der philosophische Diskurs der Moderne*. Frankfurt/M, 1985, 420-446.

37 Wilke, (1992), 165-166.

38 Willke (1992), 345-346 (sublinhado por mim).

No final, Willke tem que fazer uma mágica, que lhe permite extrair as condições de intersubjetividade do entendimento possível da cartola da evolução social: “*Aqui entra em jogo um novo tipo de regras. Pela primeira vez, essas regras não estão mais ancoradas em subsistemas, pois aparecem no nível do sistema do jogo ativo e intencional das partes que pretendem unir-se, formando um sistema global emergente (!). Esse tipo de regras constitui o material a partir do qual pode formar-se a regulação descentrada do contexto, como processo de supervisão política*”.³⁹ Do tatear conjunto de sistemas semanticamente fechados, regulados pela observação, deve *emergir* uma linguagem que simula exatamente aquilo que a linguagem comum, origem das semânticas especializadas, realiza normalmente. Entretanto, a construção de Willke não convence, ainda mais que o próprio direito, através de seus “programas de relacionamento”, tem que atrelar-se à linguagem comum ou ordinária que transmite informações inteligíveis para toda a sociedade. Quem está acostumado com as argumentações da filosofia analítica da linguagem, não se surpreende com o fato de a linguagem comum funcionar como “metalinguagem última”. Ela forma o *medium* aberto de uma linguagem que circula no âmbito de toda a sociedade, podendo ser traduzida e retraduzida em todos os discursos especializados.

ad (b). O Estado supervisor deve afastar o “perigo de uma absolutização da racionalidade dos sistemas parciais, às custas da racionalidade do todo”.⁴⁰ Esse objetivo, que ultrapassa o sistema político, coloca o processo interno de legitimação na dependência dos sucessos de uma regulação do contexto que não tem mais a política sob seu controle, tendo que desenrolar-se através de sistemas corporativos de negociação, isto é, através de mecanismos de coordenação e de harmonização intersistêmica. Mesmo que a política consiga *ampliar* harmonicamente os seus critérios de legitimidade, incorporando os da racionalidade do sistema, que permitem medir uma legislação que regula o sistema, há uma modificação a partir de uma decisão, o que impede o sistema político de atribuir *apenas a si mesmo* todas as decisões carentes de legitimação. Isso significa uma interrupção do processo

interno de *autolegitimação*. É verdade que a regulação do sistema continua a transcorrer nas formas do direito. Porém, a partir do momento em que o Estado delega a competência legislativa a sistemas de negociação, nos quais se introduz a *dinâmica própria* de outras unidades que operam auto-referencialmente, a reprodução do direito e da política cai no campo cinzento de um “autoridade dupla”, dividida entre administração estatal e sistemas sociais funcionais. Quanto mais a administração pública se deixa enredar nas malhas dos novos “discursos societais”, tanto menor é a sua capacidade de satisfazer à forma democrática do fluxo do poder oficial. O mesmo neocorporativismo, destinado a conter os perigos de uma desintegração da sociedade global e, com isso, a absorver os novos problemas de legitimação, obstaculiza o processo de autolegitimação. Isso não aconteceria, porém, se a mudança dos tipos do direito, que foi sugerida, pudesse realizar-se conforme a democracia.

Quanto mais a ação dos indivíduos é substituída por atores coletivos, sistemas sociais funcionais e organizações, tanto mais se desloca a base que permite imputar conseqüências da ação – e tanto menor é a chance de garantir os bens coletivos da sociedade contra os riscos advindo de direitos subjetivos. Por isso, Willke entende que a ancoragem individualista do direito num sistema de direitos é obsoleta. Os programas de relação exigidos passam a sintonizar-se com a auto-regulação de sistemas; eles não se referem mais à autonomia privada e pública de indivíduos socializados. Tal reestruturação do direito não pretende, no entanto, abandonar a idéia do Estado de direito, apenas interpretá-la de outra maneira. Sob essa premissa, uma legalização dos sistemas de negociação é suficiente para garantir sua legitimidade: “*Sociedades altamente complexas podem ser tidas como democráticas quando essa idéia (do Estado de direito) é estendida à sociedade como um todo e quando a estruturação específica da sociedade permite garantir e promover a autonomia e a diferenciação de seus sistemas. Isso não constitui apenas um fim em si mesmo para a manutenção do grau de diferenciação funcional atingido, mas serve também para a generalização da proteção dos direitos fundamentais dos sujeitos privados*”.⁴¹

De fato, essa formulação representa mais do que uma simples ruptura com uma determinada interpretação histórica do Estado de-

39 Willke (1992), 346.

40 Willke, (1992), 197.

41 Willke (1992), 358 (sublinhado por mim).

mocrático de direito. Ao adotar a “idéia de uma constituição institucionalizada consensualmente na sociedade”, e ao estendê-la, “através de seus cidadãos, enquanto pessoas naturais, a todas as suas organizações, atores sociais e sistemas funcionais”,⁴² a teoria do sistema faz uma adaptação do Estado corporativista hegeliano, colocando-o no lugar do Estado democrático de direito e solapando sua base de legitimação. Isso pode ser constatado em exemplos bem simples. Para poderem acordar entre si o aumento da complexidade dos sistemas funcionais, os sistemas de negociação neocorporativistas têm que estimulá-lo; entretanto, não existe uma harmonia preestabelecida entre esse crescimento de complexidade das corporações “com direito a configurar ativamente” e a realização dos direitos fundamentais das pessoas privadas. Muitas vezes se justifica um elevado nível de diferenciação sistêmica, inclusive sob pontos de vista normativos; e enquanto a intensificação da complexidade da administração do Estado e da economia capitalista caminhava paralela com a inclusão cada vez maior dos cidadãos e dos sujeitos econômicos, era possível admitir uma harmonia geral entre processos que, sob pontos de vista funcionais, se apresentavam como ganhos em termos de diferenciação e, sob pontos de vista normativos, como progresso na realização de direitos iguais. Todavia, nesses processos paralelos, estavam em jogo contextos contingentes, não lineares. Além disso, o fato de que, nas atuais sociedades fragmentadas do mundo, o bem-estar e a segurança social de uma maioria da população vêm acompanhadas da segmentação de uma subclasse impotente e devastada, prejudicada em quase todos os aspectos, constitui um dos muitos indícios de que há desenvolvimentos *regressivos*. As políticas negociadas neocorporativisticamente entram em conflito com grupos da população da periferia da sociedade, fracamente organizada e protegida apenas através de direitos fundamentais; isso é consequência de uma distribuição desigual de ressarcimentos individuais e do fato de que a privação de bens coletivos atinge de modo seletivo as diferentes classes sociais.

Por isso, a idéia do Estado de direito é prejudicada quando o direito constitucional transforma os sistemas instrumentais que mantêm em funcionamento a sociedade num “fim em si mesmo”. A partir daí, a “autonomia e a diferenciação” das pessoas privadas têm que concorrer com as dos sistemas, inclusive no âmbito da

circulação “oficial” do poder, a fim de obter a proteção do direito. Só é possível proteger o sistema político como um Estado de direito, quando as autoridades afirmam a sua posição assimétrica em relação aos parceiros de negociação, a qual resulta de seu dever legal de representar a vontade das pessoas privadas atualmente não envolvidas. Durante os processos de sintonização, não pode romper-se o laço da delegação de competências de decisão. Somente assim é possível conservar o vínculo com o público dos cidadãos, os quais têm o direito e *se encontram na condição* de perceber, identificar e tematizar publicamente a inaceitabilidade social de sistemas de funcionamento. Esses sistemas têm que aprender, através dos arranjos corporativistas, a superar suas cegueiras específicas e a se observar como sistemas parciais no interior de um sistema mais amplo. Por isso, eles precisam aprender sobre as consequências e os custos externos e sobre o seu fracasso interno. Quando o discurso dos especialistas está desvinculado da formação democrática da opinião e da vontade, ele se afirma contra as pessoas privadas. Entretanto, do ponto de vista do público de cidadãos, qualquer diferença de interpretação desse tipo constitui um paternalismo do sistema que coloca em risco a legitimidade.

ad (c). O reducionismo cognitivista e empresarial dos discursos neocorporativistas considera a sintonia entre sistemas apenas pelo ângulo dos problemas de coordenação funcional. Ou seja, o saber relevante para a regulação, produzido por vários grupos de especialistas, deve ser transformado em políticas e traduzido em programas jurídicos através de juristas esclarecidos pela teoria do sistema. Essa concepção apóia-se na idéia não realista de que o saber dos especialistas, mobilizado profissionalmente, pode prescindir de valores e pontos de vista morais. No entanto, a partir do momento em que se apela para um saber especializado, a fim de tratar de problemas relevantes para a regulação da política, percebe-se que ele possui um teor normativo que desencadeia controvérsias polarizadoras entre os próprios especialistas. Questões de coordenação funcional, elaboradas politicamente, estão *entrelaçadas* com a dimensão ética e moral da integração social; isso decorre do fato de que, para percebermos as consequências de uma integração insuficiente do sistema, temos que recorrer ao pano de fundo do mundo da vida, ou seja, a interesses feridos ou a identidades ameaçadas. Por conseguinte, quando os processos de sintonia entre o Estado e os atores sociais tornam-se independentes em relação à esfera pública política e à formação da

42 Willke (1992), 357.

vontade parlamentar, resultam prejuízos, tanto do ponto de vista da legitimação, como do conhecimento. Sob ambos os pontos de vista, recomenda-se que a base ampliada do saber de uma administração reguladora assumia feições de uma política deliberativa, que se caracteriza pelo debate público entre especialistas e contra-especialistas, controlado pela opinião pública.

2

As objeções (a), (b) e (c), que enfrentam o conceito de uma sociedade de sistemas parciais autônomos, estruturada “corporativamente”, apontam na mesma direção: a integração de uma sociedade altamente complexa não se efetua através de um sistema paternalista que ignora o poder comunicativo do público de cidadãos. Sistemas semanticamente fechados não conseguem encontrar por si mesmos a linguagem comum necessária para a percepção e a articulação de medidas e aspectos relevantes para a sociedade como um todo. Para conseguir isso, encontra-se à disposição uma linguagem comum, situada abaixo do limiar de diferenciação dos códigos especializados, a qual circula em toda a sociedade, sendo utilizada nas redes periféricas da esfera pública política e no complexo parlamentar para o tratamento de problemas que atingem a sociedade como um todo. Por esta razão, a política e o direito não podem ser entendidos como sistemas autopoieticamente fechados. O sistema político, estruturado no Estado de direito, diferencia-se internamente em domínios do poder administrativo e comunicativo, permanecendo aberto ao mundo da vida. Pois a formação institucionalizada da opinião e da vontade precisa abastecer-se nos contextos comunicacionais informais da esfera pública, nas associações e na esfera privada. Isso tudo porque o sistema de ação político está embutido em contextos do mundo da vida.

Os próprios sistemas de negociação paraestatais, que não possuem ligação efetiva com o complexo parlamentar e a esfera pública, trazem à tona problemas de legitimação, porém, devido à sua especialização em questões de coordenação funcional, não estão à altura de enfrentar cognitivamente essa pressão problemática. Além disso, a fixação em problemas de regulação torna confusa a distinção entre tarefas tradicionais e tarefas novas do Estado. As tarefas de integração social (no sentido específico: manutenção da ordem, distribuição e garantia social, proteção de identidades coletivas e tradições culturais comuns) continuam

tendo um lugar destacado na agenda política. A fixação nos complexos sociais altamente organizados faz surgir uma imagem unilateral. Sociedades funcionalmente diferenciadas não se esgotam, de maneira nenhuma, numa variedade de sistemas auto-referenciais fechados. A economia capitalista e, mais ainda, a administração pública, especializada no planejamento e na provisão de bens, adaptam-se muito bem ao paradigma do sistema. E, em muitos domínios altamente organizados, o sistema científico e educacional adquire um sentido próprio que eles opõem às intervenções diretas do Estado; esse sentido, porém, não deriva de um código próprio ou de um *medium* de regulação, análogo ao dinheiro, mas da lógica de seus questionamentos específicos. E o sentido da “constitucionalização” dos sistemas de ação através da “regulação do contexto” por parte do Estado não é único, devendo-se levar em conta, de um lado, domínios integrados comunicativamente, como é o caso da família e da escola, e, de outro lado, os domínios de grandes organizações e de redes integradas sistemicamente, tais como, por exemplo, os mercados. No primeiro caso, a constituição jurídica *formaliza* as relações reguladas por normas de instituições existentes; no outro, ela serve à coordenação funcional de relações sociais *criadas* juridicamente. Finalmente, o sentido de formas participatórias de envolvimento, que ligam uma administração implementadora aos discursos de seus clientes, levados a sério como cidadãos, não se coaduna com o dos sistemas de negociação neocorporativistas.

A vontade de responder à questão colocada no final do capítulo anterior força-nos a procurar um caminho próprio, situado aquém da teoria da decisão e do sistema. A análise reconstrutiva que Elster aplica ao processo de legislação desperta a atenção para a racionalidade procedimental inerente à formação da opinião e da vontade, regulada por processos; porém, com isso, fica-se limitado à produção do poder comunicativo. Por isso, Willke amplia a perspectiva da teoria do sistema, concentrando-se na sobrecarga imposta ao Estado pelos problemas de regulação, os quais, segundo sua análise, não podem ser solucionados se ficarmos restritos ao poder comunicativo. Esse diagnóstico, no entanto, desconhece as realizações que a linguagem comum multifuncional pode desempenhar, devido à sua não-especialização. Ela é o *medium* do agir orientado pelo entendimento, através do qual o mundo da vida se reproduz e os próprios componentes do mundo da vida se entrelaçam entre si. O modo de operar de sistemas de ação altamente especializados em reprodução cultural (a escola),

em socialização (a família) ou em integração social (o direito), não se configura em processos completamente distintos e estanques. Através do código comum da linguagem ordinária, eles desempenham também as outras funções, mantendo assim uma relação com a totalidade do mundo da vida. Os núcleos privados do mundo da vida, caracterizados pela intimidade, portanto protegidos da publicidade, estruturam encontros entre parentes, amigos, conhecidos, etc., e entrelaçam as biografias das pessoas conhecidas. A esfera pública mantém uma relação complementar com essa esfera privada, a partir da qual é recrutado o público titular da esfera pública.

No seu conjunto, o mundo da vida forma uma rede de ações comunicativas. Sob o ângulo da coordenação da ação, seu componente *social* consiste na totalidade de relações interpessoais ordenadas legitimamente. Ele abrange, além disso, coletividades, associações e organizações especializadas em determinadas funções. Alguns desses sistemas de ação funcionalmente especializados tornam-se independentes em relação aos domínios de ação integrados socialmente através de normas, valores e entendimento, e passam a formar códigos próprios – como é o caso da economia, que se utiliza do dinheiro, e da administração, que se desenrola através do poder. Todavia, através da institucionalização jurídica dos meios de regulação, esses meios continuam ancorados no componente social do mundo da vida. A linguagem do direito reveste as comunicações do mundo da vida, oriundas da esfera pública e privada, com uma forma que permite serem assumidas também pelos códigos especializados dos sistemas de ação auto-regulados – e vice-versa. Sem esse transformador, a linguagem comum não poderia circular por toda a sociedade.

Nas páginas seguintes apoiar-me-ei num modelo desenvolvido por B. Peters, para encontrar uma resposta aproximada à questão relativa à implantação da circulação do poder regulado pelo Estado de direito.⁴³ Segundo esta proposta, os processos de comunicação e de decisão do sistema político constitucional são ordenados no eixo centro-periferia, estruturados através de um sistema de comportas e caracterizados através de dois tipos de elaboração de problemas. O núcleo do sistema político é formado pelos seguintes complexos institucionais, já conhecidos: a

administração (incluindo o governo), o judiciário e a formação democrática da opinião e da vontade (incluindo as corporações parlamentares, eleições políticas, concorrência entre os partidos, etc.). Portanto, esse centro, que se perfila perante uma periferia ramificada, através de competências formais de decisão e de prerrogativas reais, é formado de modo “poliárquico”. No interior do núcleo, a “capacidade de ação” varia, dependendo da “densidade” da complexidade organizatória. O complexo parlamentar é o que se encontra mais aberto para a percepção e a tematização de problemas sociais; porém, comparado ao complexo administrativo, ele possui uma capacidade menor de elaborar problemas. Nas margens da administração forma-se uma espécie de periferia *interna*, que abrange instituições variadas, dotadas de tipos diferentes de direitos de auto-administração ou de funções estatais delegadas, de controle ou de soberania (universidades, sistemas de seguros, representações de corporações, câmaras, associações beneficentes, fundações, etc.). Tomado em seu conjunto, o núcleo possui uma periferia *exterior*, a qual se bifurca, *grosso modo*, em *compradores* e *fornecedores*.

Sob o aspecto da implementação, diferentes campos políticos fizeram surgir redes complexas que se interpõem entre administrações públicas e organizações privadas, grupos de interesses, etc., que preenchem funções de coordenação em domínios sociais carentes de regulação, porém intransparentes. Esses sistemas de negociação não podem ser confundidos com grupos fornecedores, associações e ligas que enfrentam os parlamentos e administrações, inclusive pelo caminho da justiça, tematizando problemas sociais, colocando exigências políticas, articulando interesses e necessidades e influenciando a formulação de políticas ou projetos de lei. O leque abrange desde associações que representam grupos de interesses claramente definidos, uniões (com objetivos de partido político), e instituições culturais (tais como academias, grupos de escritores, *radical professionals*, etc.), até “*public interest groups*” (com preocupações públicas, tais como proteção do meio ambiente, proteção dos animais, teste dos produtos, etc.), igrejas e instituições de caridade.⁴⁴ Essas associações formadoras de opinião, especializadas em temas e contribuições e, em

43 Peters. *Die Integration moderner Gesellschaften*. Frankfurt/M, 1993, Cap. 9.2

44 H. J. Merry. *Five Branch Government*. Urbana, III. 1980, 25; com relação aos “public interest groups”, cf. E. F. Schattschneider. *The Semisovereign People*. Nova Iorque, 1960. 22ss.

geral, em exercer influência pública, fazem parte da infra-estrutura civil de uma esfera pública dominada pelos meios de comunicação de massa, a qual, através de seus fluxos comunicacionais diferenciados e interligados, forma o verdadeiro contexto periférico. O debate neocorporativista sobre sistemas de negociação revela que a distinção entre “consumidores”, orientados pelo *output*, e “fornecedores”, orientados pelo *input*, não é suficientemente clara. Entretanto, a fusão que podemos observar entre a influência exercida sobre a implementação de políticas já decididas e a influência na formulação e implantação de políticas não pode ser “normalizada” juridicamente sem ferir os princípios do Estado de direito.⁴⁵

Após desenvolver uma visão descritiva geral, Peters introduz dois elementos esclarecedores: um modelo de comportas e dois modos de elaborar problemas, decisivos para a regulação dos fluxos da comunicação. Para poderem ser transpostas com autoridade, decisões impositivas têm que atravessar os canais estreitos do núcleo: “*Todavia, a legitimidade das decisões depende de processos de formação da opinião e da vontade na periferia. O centro constitui um sistema de comportas, a ser atravessado por muitos processos no âmbito do sistema político-jurídico, porém ele só pode controlar a regulação e a dinâmica desses processos até certo ponto. Modificações podem surgir, tanto na periferia, como no centro ... A idéia de democracia repousa, em última instância, no fato de que os processos políticos de formação da vontade, que no esquema aqui delineado têm um status periférico ou intermediário, devem ser decisivos para o desenvolvimento político. Ora, isto não fica decidido no esquema apresentado*”.⁴⁶ Quando nos servimos dessa idéia de democracia, que traduz em termos sociológicos a teoria do discurso, descobrimos que as decisões impositivas, para serem legítimas, têm que ser reguladas por fluxos comunicacionais que partem da periferia e atravessam as comportas dos procedimentos

próprios à democracia e ao Estado de direito, antes de passar pela porta de entrada do complexo parlamentar ou dos tribunais (e às vezes antes de voltar pelo caminho da administração implementadora). Somente então é possível evitar que o poder do complexo administrativo ou o poder social das estruturas intermediárias que têm influência no núcleo central se tornem independentes em relação ao poder comunicativo que se forma no complexo parlamentar.

No entanto, esta condição é demasiado forte, superando o modo de proceder comum nas democracias ocidentais. Nessa contracorrente, que atravessa o fluxo “oficial” do poder, não se faz presente apenas o desmentido de uma facticidade social cínica. Pois muitas dessas comunicações circulares ou que fluem em sentido contrário contribuem para a redução da inevitável complexidade do ciclo oficial, na medida em que reduzem imperceptivelmente os problemas a unidades menores. Peters procura fazer jus a essa circunstância com o auxílio de um segundo elemento. A maior parte das operações, no núcleo do sistema político, segue certas rotinas. Tribunais emitem sentenças, burocracias preparam leis e elaboram petições, parlamentos despacham leis e orçamentos, centrais de partidos conduzem disputas eleitorais, clientes influenciam “suas” administrações – e todos esses processos caminham de acordo com padrões estabelecidos. Do ponto de vista normativo, importa saber que constelações de poder se refletem nesses padrões – e qual é o modo capaz de *mudá-los*. Ora, isso é decisivo para que as rotinas exercidas continuem abertas a impulsos renovadores oriundos da periferia. Em casos de conflito, o modo de operar conforme convenções habituais é substituído por um *outro*.

E este novo modo de operar tem como características principais uma consciência de crise, maior atenção pública, busca intensificada de soluções, tudo confluindo numa *problematização*. Nos casos em que a percepção dos problemas e as próprias problemáticas são transformadas pelos conflitos, cresce a atenção e se desencadeiam controvérsias na esfera pública, envolvendo aspectos normativos dos problemas enfocados. Então, a pressão da opinião pública consegue forçar um modo extraordinário de elaboração de problemas, que favorece a regulação da circulação do poder através do Estado de direito, atualizando, portanto, sensibilidades em relação às *responsabilidades políticas* reguladas juridicamente. É verdade que, durante os processos “normais”, os parlamentos e tribunais tentam limitar normativamente o espaço de decisão de uma administração que age preponderantemente orientada

45 Isso não vale, naturalmente, para processos democráticos, os quais, por exemplo, impõem às administrações deveres de fundamentação e de publicidade, atribuindo a clientes direitos de voz e de participação sem prejudicar a primazia da lei.

46 B. Peters. *Die Integration moderner Gesellschaften*. Frankfurt/M, 1993, 340-341.

para fins pragmáticos. Mas é nos casos de conflito que o esquema jurídico da distribuição de possibilidades de aproveitamento de oportunidades em bases normativas adquire um perfil mais nítido. Somente então os parlamentos e tribunais, aos *quais se reserva formalmente* um tratamento construtivo ou reconstrutivo das razões normativas, podem *determinar faticamente* a direção do fluxo da comunicação. E, em tais casos conflituosos, o legislador político tem a última palavra. Entretanto, há muitas evidências de que, na maioria das vezes, o parlamento não possui a força de “transformar casos em casos de conflito”. Pois as instituições decisórias, que se encontram sob a pressão do tempo, têm pouca sensibilidade para problemas latentes, que não são captados pelas rotinas normais ou captados de modo insuficiente, e quase nenhuma iniciativa para uma elaboração dramática bem-sucedida de novos problemas.

A distinção entre o modo normal e o extraordinário de resolver problemas só pode ser aproveitada para uma tradução sociológica e para uma interpretação realista do conceito discursivo de democracia, se for completada por duas idéias. Ou seja, noutras palavras, a emancipação ilegítima do poder social e administrativo, que se afasta do poder comunicativo, gerado democraticamente, poderá ser anulada na medida em que a periferia for: a) capaz de e b) tiver razões para farejar problemas latentes de integração social (cuja elaboração é essencialmente política), identificá-los, tematizá-los e introduzi-los no sistema político, passando pelas comportas do complexo parlamentar (ou dos tribunais), fazendo com que o modo rotineiro seja *quebrado*. A condição b) é menos problemática. Conforme vimos no decorrer de uma diferenciação funcional progressiva, o vínculo que une os setores parciais descentrados, e cada vez mais autônomos, está se afrouxando; de sorte que cresce a necessidade de integração, a qual pereniza as crises e acelera os processos de aprendizagem. A condição a), porém, é problemática. Pois grande parte das expectativas normativas, ligadas à política deliberativa, recai sobre as estruturas periféricas da formação da opinião. As expectativas dirigem-se à sua capacidade de perceber problemas da sociedade como um todo, de interpretá-los e de colocá-los em cena de modo inovativo, capaz de chamar a atenção. A periferia consegue preencher essas expectativas fortes, na medida em que as redes de comunicação pública não institucionalizada possibilitam processos de formação de opinião mais ou menos *espontâneos*. Ora, esse tipo de esferas públicas, autônomas e capazes de ressonância, dependem de uma ancoragem

social em associações da sociedade civil e de uma introdução em padrões liberais da socialização e da cultura política, numa palavra: dependem da contrapartida de um mundo da vida racionalizado. Pode-se estimular a formação de tais estruturas do mundo da vida, porém, elas se subtraem à regulação jurídica da intervenção administrativa ou à regulação política. O sentido, que eu entendo como o limite da espontaneidade social, é uma fonte escassa que não pode ser regenerada a bel-prazer nem multiplicada. Como qualquer grandeza empírica, também ele é condicionado. Todavia, as condições se encontram em contextos do mundo da vida que limitam, *a partir de dentro*, a capacidade dos parceiros jurídicos em organizar por si mesmos sua vida em comum. Em última instância, a vontade dos membros não pode dispor pura e simplesmente daquilo que possibilita o modo discursivo de socialização de uma comunidade jurídica.

III. Atores da sociedade civil, opinião pública e poder comunicativo

Até o momento tratamos a esfera pública política como se fosse uma estrutura comunicacional enraizada no mundo da vida através da sociedade civil. Este espaço público político foi descrito como uma caixa de ressonância onde os problemas a serem elaborados pelo sistema político encontram eco. Nesta medida, a esfera pública é um sistema de alarme dotado de sensores não especializados, porém, sensíveis no âmbito de toda a sociedade. Na perspectiva de uma teoria da democracia, a esfera pública tem que reforçar a pressão exercida pelos problemas, ou seja, ela não pode limitar-se a percebê-los e a identificá-los, devendo, além disso, tematizá-los, problematizá-los e dramatizá-los de modo convincente e *eficaz*, a ponto de serem assumidos e elaborados pelo complexo parlamentar. E a capacidade de elaboração dos *próprios* problemas, que é limitada, tem que ser utilizada para um controle ulterior do tratamento dos problemas no âmbito do sistema político. Não posso mostrar em detalhes como isso é possível. Por isso, adotarei o seguinte procedimento: ventilarei inicialmente os conceitos controversos “esfera pública” (1) e “sociedade civil” (2), a fim de esboçar a seguir, algumas barreiras e estruturas de poder que surgem no interior da esfera pública (3), as quais, porém, podem ser superadas, em situações críticas, por movimentos que

adquirem maior importância (4). Concluirei com um resumo desses elementos, que o sistema jurídico tem que levar em conta quando elabora a imagem de uma sociedade complexa (5).

1. O conceito “esfera pública”.

Esfera ou espaço público é um fenômeno social elementar, do mesmo modo que a ação, o ator, o grupo ou a coletividade; porém, ele não é arrolado entre os conceitos tradicionais elaborados para descrever a ordem social. A esfera pública não pode ser entendida como uma instituição, nem como uma organização, pois, ela não constitui uma estrutura normativa capaz de diferenciar entre competências e papéis, nem regula o modo de pertença a uma organização, etc. Tampouco ela constitui um sistema, pois, mesmo que seja possível delinear seus limites internos, exteriormente ela se caracteriza através de horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis. A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos. Do mesmo modo que o mundo da vida tomado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma linguagem natural; ela está em sintonia com a *compreensibilidade geral* da prática comunicativa cotidiana. Descobrimos que o mundo da vida é um reservatório para interações simples; e os sistemas de ação e de saber especializados, que se formam no interior do mundo da vida, continuam vinculados a ele. Eles se ligam a funções gerais de reprodução do mundo da vida (como é o caso da religião, da escola e da família), ou a diferentes aspectos de validade do saber comunicado através da linguagem comum (como é o caso da ciência, da moral, da arte). Todavia, a esfera pública não se especializa em nenhuma destas direções; por isso quando abrange questões politicamente relevantes, ela deixa ao cargo do sistema político a elaboração especializada. A esfera pública constitui principalmente uma *estrutura comunicacional* do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o *espaço social* gerado no agir comunicativo, não com as *funções* nem com os *conteúdos* da comunicação cotidiana.

Os que agem comunicativamente encontram-se numa situação que eles mesmos ajudam a constituir através de suas interpretações negociadas cooperativamente, distinguindo-se dos atores que visam

o sucesso e que se observam mutuamente como algo que aparece no mundo objetivo. O espaço de uma situação de fala, compartilhado intersubjetivamente, abre-se através das relações interpessoais que nascem no momento em que os participantes tomam posição perante os atos de fala dos outros, assumindo obrigações ilocucionárias. Qualquer encontro que não se limita a contatos de observação mútua, mas que se alimenta da liberdade comunicativa que uns concedem aos outros, movimenta-se num espaço público, constituído através da linguagem. Em princípio, ele está aberto para parceiros potenciais do diálogo, que se encontram presentes ou que poderiam vir a se juntar. E para impedir o acesso de terceiros a esse espaço constituído através da linguagem, impõem-se medidas especiais. Podemos dar uma forma abstrata e perene a essa estrutura espacial de encontros simples e episódicos, fundada no agir comunicativo, e estendê-la a um grande público de presentes. Existem metáforas arquitetônicas para caracterizar a infra-estrutura de tais reuniões, organizações, espetáculos, etc.: empregam-se geralmente os termos “foros”, “palcos”, “arenas”, etc. Além disso, as esferas públicas ainda estão muito ligadas aos espaços concretos de um público presente. Quanto mais elas se desligam de sua presença física, integrando também, por exemplo, a presença virtual de leitores situados em lugares distantes, de ouvintes ou espectadores, o que é possível através da mídia, tanto mais clara se torna a abstração que acompanha a passagem da estrutura espacial das interações simples para a generalização da esfera pública.

As estruturas comunicacionais assim generalizadas comprimem-se em conteúdos e tomadas de posição desacopladas dos contextos densos das interações simples de determinadas pessoas e de obrigações relevantes para a decisão. De outro lado, a generalização do contexto, a inclusão, o anonimato crescente, etc., exigem um grau maior de explicação e a renúncia a linguagens de especialistas ou a códigos especiais. A *orientação leiga* implica sempre uma certa indiferenciação, ao passo que a separação entre as opiniões compartilhadas e as obrigações concretas da ação caminha rumo a uma *intelectualização*. É certo que os processos de formação da opinião, uma vez que se trata de questões práticas, sempre acompanham a mudança de preferências e de enfoques dos participantes - mas podem ser dissociados da tradução dessas disposições em ações. Nesta medida, as estruturas comunicacionais da esfera pública *aliviam* o público da tarefa de tomar *decisões*; as decisões proteladas conti-

nuam reservadas a instituições que tomam resoluções. Na esfera pública, as manifestações são escolhidas de acordo com temas e tomadas de posição pró ou contra; as informações e argumentos são elaborados na forma de opiniões focalizadas. Tais opiniões enfeixadas são transformadas em opinião pública através do modo como surgem e através do amplo assentimento de que “gozam”. Uma opinião pública não é representativa no sentido estatístico. Ela não constitui um agregado de opiniões individuais pesquisadas uma a uma ou manifestadas privadamente; por isso, ela não pode ser confundida com resultados da pesquisa de opinião. A pesquisa da opinião política pode fornecer um certo reflexo da “opinião pública”, se o levantamento for precedido por uma formação da opinião através de temas específicos num espaço público mobilizado.

Nos processos públicos de comunicação não se trata, em primeiro lugar, da difusão de conteúdos e tomadas de posição através de meios de transmissão efetivos. A ampla circulação de mensagens compreensíveis, estimuladoras da atenção, assegura certamente uma inclusão suficiente dos participantes. Porém, as regras de uma prática comunicacional, seguida *em comum*, têm um significado muito maior para a estruturação de uma opinião pública. O assentimento a temas e contribuições só *se forma* como resultado de uma controvérsia mais ou menos ampla, na qual propostas, informações e argumentos podem ser elaborados de forma mais ou menos racional. Com esse “mais ou menos” em termos de elaboração “racional” de propostas, de informações e de argumentos, há geralmente uma variação no *nível discursivo* da formação da opinião e na “qualidade” do resultado. Por isso, o sucesso da comunicação pública não se mede *per se* pela “produção de generalidade”,⁴⁷ e sim, por critérios formais do surgimento de uma opinião pública qualificada. As estruturas de uma esfera pública encampada pelo poder excluem discussões fecundas e esclarecedoras. A “qualidade” de uma opinião pública constitui uma grandeza empírica, na medida em que ela se mede por qualidades procedimentais de seu processo de criação. Vista pelo lado normativo, ela fundamenta uma medida para a legitimidade da influência exercida por opiniões públicas sobre o sistema político. Certamente, a influência fática e a influência legítima não

coincidem, assim como não há coincidência entre a legitimidade e a fé na legitimidade. Porém, esses conceitos permitem abrir uma perspectiva, a partir da qual torna-se possível pesquisar empiricamente a relação entre a influência real e a qualidade procedimental de opiniões públicas.

Parsons introduziu a “influência” como uma forma simbolicamente generalizada da comunicação que regula interações através da convicção ou da persuasão.⁴⁸ Pessoas ou instituições, por exemplo, podem gozar de uma reputação que lhes permite exercer influência sobre as convicções de outras pessoas, sem ter que comprovar competências e sem ter que dar explicações. “A influência alimenta-se da fonte do entendimento, porém se apóia num adiantamento de confiança em possibilidades de convencimento ainda não testadas. Neste sentido, opiniões públicas representam potenciais de influência política, que podem ser utilizados para interferir no comportamento eleitoral das pessoas ou na formação da vontade nas corporações parlamentares, governos e tribunais. A *influência* publicitária, apoiada em convicções públicas, só se transforma em *poder* político, ou seja, num potencial capaz de levar a decisões impositivas, quando se deposita nas convicções de membros *autorizados* do sistema político, passando a determinar o comportamento de eleitores, parlamentares, funcionários, etc. Do mesmo modo que o poder social, a influência político-publicitária só pode ser transformada em poder político através de processos institucionalizados.

Na esfera pública luta-se por influência, pois ela se forma nessa esfera. Nessa luta não se aplica somente a influência política já adquirida (de funcionários comprovados, de partidos estabelecidos ou de grupos conhecidos, tais como o Greenpeace, a Anistia Internacional, etc.), mas também o prestígio de grupos de pessoas e de especialistas que conquistaram sua influência através de esferas públicas especiais (por exemplo, a autoridade de membros de igrejas, a notoriedade de literatos e artistas, a reputação de cientistas, o renome de astros do

47 Cf. J. Gerhards e F. Neidhardt. *Strukturen und Funktionen moderner Öffentlichkeit*. Wissenschaftszentrum Berlin, 1990, 19.

48 T. Parsons. “On the Concept of Influence”, in *id. Sociological Theory and Modern Society*. Nova Iorque, 1967, 355-382. Sobre a relação entre “influência” e “afinidade com valores” e sobre a delimitação destas formas generalizadas de comunicação em relação a meios de regulação, tais como o dinheiro e o poder administrativo, cf. J. Habermas (1931), vol. II, 408-419.

esporte, do *showbusiness*, etc.). A partir do momento em que o espaço público se estende para além do contexto das interações simples, entra em cena uma diferenciação que distingue entre organizadores, oradores e ouvintes, entre arena e galeria, entre palco e espaço reservado ao público espectador. Os *papéis de ator*,* *que se multiplicam e se profissionalizam cada vez mais através da complexidade organizacional, e o alcance da mídia, têm diferentes chances de influência. Porém, a influência política que os atores obtêm sobre a comunicação pública, tem que apoiar-se, em última instância, na ressonância ou, mais precisamente, no assentimento de um público de leigos que possui os mesmos direitos. O público dos sujeitos privados tem que ser convencido através de contribuições compreensíveis e interessantes sobre temas que eles sentem como relevantes. O público possui esta autoridade, uma vez que é constitutivo para a estrutura interna da esfera pública, na qual atores podem aparecer.*

No entanto, temos que fazer uma distinção entre atores que surgem do público e participam na reprodução da esfera pública e atores que ocupam uma esfera pública já constituída, a fim de aproveitar-se dela. Tal é o caso, por exemplo, de grandes grupos de interesses, bem organizados e ancorados em sistemas de funções, que exercem influência no sistema político *através* da esfera pública. Todavia, eles não podem usar manifestamente, na esfera pública, os potenciais de sanção sobre os quais se apóiam quando participam de negociações reguladas publicamente ou de tentativas de pressão não-públicas. Para contabilizar seu poder social em termos de poder político, eles têm que fazer campanha a favor de seus interesses, utilizando uma linguagem capaz de mobilizar *convicções*, como é o caso, por exemplo, dos grupos envolvidos com tarifas, que procuram esclarecer a esfera pública sobre exigências, estratégias e resultados de negociações. De qualquer modo, as contribuições de grupos de interesses são expostas a um tipo de crítica que não atinge as contribuições oriundas de outras partes. E as opiniões públicas que são lançadas graças ao uso não declarado de dinheiro ou de poder organizacional perdem sua credibilidade, tão logo essas fontes

de poder social se tornam públicas. Pois as opiniões públicas podem ser manipuladas, porém não compradas publicamente, nem obtidas à força. Essa circunstância pode ser esclarecida pelo fato de que nenhuma esfera pública pode ser *produzida* a bel-prazer. Antes de ser assumida por atores que agem estrategicamente, a esfera pública tem que reproduzir-se a partir de si mesma e configurar-se como uma estrutura autônoma. E essa regularidade, que acompanha a formação de uma esfera pública capaz de funcionar, permanece latente na esfera pública constituída – e só reaparece nos momentos em que uma esfera pública é mobilizada.

Para preencher sua função, que consiste em captar e tematizar os problemas da sociedade como um todo, a esfera pública política tem que se formar a partir dos contextos comunicacionais das *pessoas virtualmente atingidas*. O público que lhe serve de suporte é recrutado entre a totalidade das pessoas privadas. E, em suas vozes díspares e variadas, ecoam experiências biográficas causadas pelos custos externalizados (e pelas disfunções internas) dos sistemas de ação funcionalmente especializados – causadas também pelo aparelho do Estado, de cuja regulação dependem os sistemas de funções sociais, que são complexos e insuficientemente coordenados. Sobrecargas deste tipo acumulam-se no mundo da vida. No entanto, este dispõe de antenas adequadas, pois, em seu horizonte, se entrelaçam as biografias privadas dos “usuários” dos sistemas de prestações que eventualmente fracassam. Os envolvidos são os únicos a beneficiar-se dessas prestações na forma de “valores de uso”. Afora a religião, a arte e a literatura, somente as esferas da vida “privada” dispõem de uma linguagem existencial, na qual é possível *equilibrar, em nível de uma história de vida*, os problemas gerados pela sociedade. Os problemas tematizados na esfera pública política transparecem inicialmente na pressão social exercida pelo sofrimento que se reflete no espelho de experiências pessoais de vida. E, na medida em que essas experiências encontram sua expressão nas linguagens da religião, da arte e da literatura, a esfera pública “literária”, especializada na articulação e na descoberta do mundo, entrelaça-se com a política.⁴⁹

* Aqui os termos “ator” e “papel de ator” são tomados no sentido sociológico e teatral, isto é, no sentido de um personagem que representa um papel social. Ao passo que na maior parte da presente obra de Habermas, o termo “ator” é empregado no sentido exclusivamente sociológico, como agente racional da ação. (N. T.)

49 Sobre essa função de igrejas e comunidades religiosas, cf. F. Schüssler-Fiorenza. “Die Kirche als Interpretationsgemeinschaft”, in E. Ahrens (ed.). *Habermas und die Theologie*. Düsseldorf, 1989, 115-144.

Há uma união pessoal entre os *cidadãos do Estado*, enquanto titulares da esfera pública política, e os *membros da sociedade*, pois – em seus papéis complementares de trabalhadores e consumidores, de segurados e pacientes, de contribuintes do fisco e de clientes de burocracias estatais, de estudantes, turistas, participantes do trânsito, etc. – eles estão expostos, de modo especial, às exigências específicas e às falhas dos correspondentes sistemas de prestação. No início, tais experiências são elaboradas de modo “privado”, isto é, interpretadas no horizonte de uma biografia particular, a qual se entrelaça com outras biografias, em contextos de mundos da vida comuns. Os canais de comunicação da esfera pública engatam-se nas esferas da vida privada – as densas redes de interação da família e do círculo de amigos e os contatos mais superficiais com vizinhos, colegas de trabalho, conhecidos, etc. – de tal modo que as estruturas espaciais de interações simples podem ser ampliadas e abstraídas, porém não destruídas. De modo que a orientação pelo entendimento, que prevalece na prática cotidiana, continua valendo também para uma *comunicação entre estranhos*, que se desenvolve em esferas públicas complexas e ramificadas, envolvendo amplas distâncias. O limiar entre esfera privada e esfera pública não é definido através de temas ou relações fixas, porém através de *condições de comunicação modificadas*. Estas modificam certamente o acesso, assegurando, de um lado, a intimidade e, de outro, a publicidade, porém, elas não isolam simplesmente a esfera privada da esfera pública, pois canalizam o fluxo de temas de uma esfera para a outra. A esfera pública retira seus impulsos da assimilação privada de problemas sociais que repercutem nas biografias particulares. Neste contexto particular é sintomático constatar que, nas sociedades européias do século XVII e XVIII, se tenha formado uma esfera pública burguesa moderna, como “esfera das pessoas privadas reunidas e formando um público”. Do ponto de vista histórico, o nexa entre esfera pública e privada começou a aparecer nas formas de reunião e de organização de um público leitor, composto de pessoas privadas burguesas, que se aglutinavam em torno de jornais e periódicos.⁵⁰

50 J. Habermas. *Strukturwandel der Öffentlichkeit*. (1962), Frankfurt/M, 1990, 86; cf. a introdução de C. Calhoun sobre a coletânea por ele

2. O conceito “sociedade civil”

Essa esfera da sociedade burguesa foi redescoberta recentemente, porém em constelações históricas totalmente diferentes. O atual significado da expressão “sociedade civil” não coincide com o da “sociedade burguesa”, da tradição liberal, que Hegel chegara a tematizar como “sistema das necessidades”, isto é, como sistema do trabalho social e do comércio de mercadorias numa economia de mercado. Hoje em dia, o termo “sociedade civil” não inclui mais a economia constituída através do direito privado e dirigida através do trabalho, do capital e dos mercados de bens, como ainda acontecia na época de Marx e do marxismo. O seu núcleo institucional é formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro de esferas públicas.⁵¹ Esses “*designs*” discursivos refletem, em suas formas de organização, abertas e igualitárias, certas características que compõem o tipo de comunicação em torno da qual se cristalizam, conferindo-lhe continuidade e duração.⁵²

Certamente tais condições de associação não constituem o elemento mais evidente de uma esfera pública dominada pelos meios de comunicação de massa e pelas grandes agências, observada pelas instituições encarregadas da pesquisa da opinião e do mercado, e sobrecarregada com

editada: *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge, Mass. 1992, 1-50; cf. além disso: D. Goodman. “Public Sphere and Private Life: Toward a Synthesis of Current Historical Approaches to the Old Regime”, in *History and Theory*, 31, 1992, 1-20.

51 Cf. T. Smith. *The Role of Ethics in Social Theory*. Albany, Nova Iorque, 1991, 153-174.

52 Sobre o conceito do “design discursivo” cf. J. S. Dryzek. *Discursive Democracy*. Cambridge, 1990, 43ss.

o trabalho de publicidade e de propaganda dos partidos e organizações políticas. Mesmo assim, elas formam o substrato organizatório do público de pessoas privadas que buscam interpretações públicas para suas experiências e interesses sociais, exercendo influência sobre a formação institucionalizada da opinião e da vontade.

Não encontramos na literatura definições claras de tais características descritivas da sociedade civil.⁵³ A terminologia empregada por S. N. Eisenstadt trai certa continuidade com a velha teoria do pluralismo, ao descrever a sociedade civil da seguinte maneira: “*Civil Society embraces a multiplicity of ostensibly ‘private’ yet potentially autonomous public arenas distinct from the state. The activities of such actors are regulated by various associations existing within them, preventing the society from degenerating into a shapeless mass. In a civil society, these sectors are not embedded in closed, ascriptive or corporate settings; they are open-ended and overlapping. Each has autonomous access to the central political arena, and a certain degree of commitment to that setting*”.⁵⁴ J. Cohen e A. Arato, que elaboraram o estudo mais abrangente sobre esse tema, citam um catálogo de características identificadoras da sociedade civil, a qual não se identifica com o Estado, nem com a economia e nem com outros sistemas de funções sociais, pois permanece vinculada aos núcleos privados do mundo da vida. “*Plurality: families, informal groups, and voluntary associations whose plurality and autonomy allow for a variety of forms of life: publicity: institutions of culture and communication; privacy: a domain of individual self-development and moral choice; and legality: structures of general laws and basic rights needed to demarcate plurality, privacy and publicity from at least the state and, tendentially, the economy. Together these*

structures secure the institutional existence of a modern, differentiated civil society”.⁵⁵

Por estar apoiada em direitos fundamentais, esta esfera fornece as primeiras referências acerca de sua estrutura social. A liberdade de opinião e de reunião, bem como o direito de fundar sociedades e associações, definem o espaço para associações livres que interferem na formação da opinião pública, tratam de temas de interesse geral, representam interesses e grupos de difícil organização, perseguem fins culturais, religiosos ou humanitários, formam comunidades confessionais, etc. A liberdade da imprensa, do rádio e da televisão, bem como o direito de exercer atividades publicitárias, garantem a infra-estrutura medial da comunicação pública, a qual deve permanecer aberta a opiniões concorrentes e representativas. O sistema político, que deve continuar sensível a influências da opinião pública, conecta-se com a esfera pública e com a sociedade civil, através da atividade dos partidos políticos e através da atividade eleitoral dos cidadãos. Esse entrelaçamento é garantido através do direito dos partidos de contribuir na formação da vontade política do povo e através do direito de voto ativo e passivo dos sujeitos privados (complementado por outros direitos de participação). Finalmente, as associações só podem afirmar sua autonomia e conservar sua espontaneidade na medida em que puderem apoiar-se num pluralismo de formas de vida, subculturas e credos religiosos. A proteção da “privacidade” através de direitos fundamentais serve à incolumidade de domínios vitais privados; direitos da personalidade, liberdades de crença e de consciência, liberalidade, sigilo da correspondência e do telefone, inviolabilidade da residência, bem como a proteção da família, caracterizam uma zona inviolável da integridade pessoal e da formação do juízo e da consciência autônoma.

O nexo estreito entre cidadania autônoma e esfera privada intacta revela-se claramente, quando a comparamos com sociedades totalitárias onde existe o socialismo de Estado. Nelas, um Estado pan-óptico controla diretamente a base privada dessa esfera pública. Intervenções administrativas e supervisão constante desintegram a estrutura comunicativa do dia-a-dia na família, na escola, na comuna e na vizinhança. A destruição de condições vitais solidárias e a quebra da iniciativa e da

53 J. Keane. *Democracy and Civil Society*. Londres, 1988; sobre Gramsci, que introduziu esse conceito na discussão mais recente, cf. N. Bobbio. “Gramsci and the Concept of Civil Society”, in J. Keane (ed.). *Civil Society and the State*. Londres, 1988, 73-100.

54 S. N. Eisenstadt (ed.) *Democracy and Modernity*. Leiden, 1992, IX; cf. também L. Roniger. “Conditions for the Consolidation of Democracy in Southern Europe and Latin America”, in Eisenstadt (1992), 53-68.

55 J. L. Cohen, A. Arato. *Civil Society and Political Theory*. Cambridge, Mass., 1992, 346.

independência em domínios que se caracterizam pela super-regulação e pela insegurança jurídica, implicam o aniquilamento de grupos sociais, de associações e de redes, a dissolução de identidades sociais através de doutrinação, bem como o sufoco da comunicação pública espontânea. A racionalidade comunicativa é destruída, tanto nos contextos públicos de entendimento, como nos privados.⁵⁶ E quanto mais se prejudica a força socializadora do agir comunicativo, sufocando a fagulha da liberdade comunicativa nos domínios da vida privada, tanto mais fácil se torna formar uma massa de atores isolados e alienados entre si, fiscalizáveis e mobilizáveis plebiscitariamente.⁵⁷

No entanto, as garantias dos direitos fundamentais não conseguem proteger por si mesmas a esfera pública e a sociedade civil contra deformações. Por isso, as estruturas comunicacionais da esfera pública têm que ser mantidas intactas por uma sociedade de sujeitos privados, viva e atuante. Isso equivale a afirmar que a esfera pública política tem que estabilizar-se, num certo sentido, por si mesma: isso é confirmado pelo peculiar *caráter auto-referencial da prática comunicacional da sociedade civil*. Pois os textos daqueles que se manifestam na esfera pública, reproduzindo a estrutura da esfera pública, traem o subtexto, sempre idêntico, que se refere à função crítica da esfera pública em geral. Além disso, o sentido performativo implícito de discursos públicos mantém atual a função de uma esfera pública intacta enquanto tal. E as instituições e garantias jurídicas da formação livre da vontade repousam sobre o solo oscilante da comunicação política daqueles que, ao utilizá-la, interpretam seu conteúdo normativo, defendem-na e radicalizam-na. Por isso, os atores conscientes de que, através de suas diferenças de opinião e de sua luta por

56 E. Hankiss. "The Loss of Responsibility", in J. MacLean, A. Montefiori, P. Winch (eds.). *The Political Responsibility of Intellectuals*. Cambridge, 1990, 29-52.

57 Cf. a interpretação do totalitarismo elaborada na teoria da comunicação de H. Arendt, in *id.*, *Elemente und Ursprünge totalitärer Herrschaft*. Frankfurt/M, 1955, 749: "Após a queda da esfera pública política, (o Estado total) destrói, de um lado, todas as relações remanescentes entre os homens e força, de outro lado, os abandonados totalmente isolados a assumir atitudes políticas (mesmo que não se trate de um agir político verdadeiro) ...".

influência, estão envolvidos no empreendimento *comum* de reconstituição e de manutenção das estruturas da esfera pública, distinguem-se dos atores que se contentam em utilizar os foros existentes, através de uma *dupla orientação* de sua política, ou seja, através de seus programas, eles exercem uma influência direta no sistema político, porém, ao mesmo tempo, estão interessados reflexivamente na estabilização e ampliação da sociedade civil e da esfera pública, bem como em assegurar sua própria identidade e sua capacidade de ação.

Cohen e Arato observam esse tipo de "*dual politics*" nos "novos" movimentos sociais, os quais perseguem objetivos "ofensivos" e "defensivos" ao mesmo tempo. "Através de uma ofensiva", eles tentam lançar temas de relevância para toda a sociedade, definir problemas, trazer contribuições para a solução de problemas, acrescentar novas informações, interpretar valores de modo diferente, mobilizar bons argumentos, denunciar argumentos ruins, a fim de produzir uma atmosfera consensual, capaz de modificar os parâmetros legais de formação da vontade política e exercer pressão sobre os parlamentos, tribunais e governos em benefício de certas políticas. Ao passo que "defensivamente" eles tentam preservar certas estruturas da associação e da esfera pública, produzir contra-esferas públicas sub-culturais e contra-instituições, solidificar identidades coletivas e ganhar novos espaços na forma de direitos mais amplos e instituições reformadas: "*Nesta descrição, o aspecto 'defensivo' desses movimentos inclui a preservação e o desenvolvimento da estrutura comunicativa própria ao mundo da vida. Esta formulação leva em conta, não somente aspectos paralelos discutidos por Alain Tourraine, mas também a idéia de Jürgen Habermas, segundo a qual esses movimentos podem ser os suportes dos potenciais da modernidade cultural. Esta é uma condição indispensável, sem a qual não se pode empreender nenhum esforço promissor para redefinir as identidades, reinterpretar as normas e desenvolver formas de associação igualitárias e democráticas. As modalidades de ação coletiva normativa, expressiva ou comunicativa ... requerem igualmente esforços visando assegurar as mudanças institucionais no interior da sociedade civil, as quais correspondem aos novos significados, identidades e normas que foram criadas*".⁵⁸ No modo de reprodução auto-referencial da esfera

58 Cohen, Arato (1992), 531.

pública e na dupla face da política – dirigida ao sistema político e à auto-estabilização da esfera pública e da sociedade civil ” – está embutido um espaço para o alargamento dinâmico e a radicalização de direitos existentes: “*Em nossa opinião, a combinação das associações, dos públicos e dos direitos, na medida em que for sustentada por uma cultura política onde as iniciativas e os movimentos independentes mantêm uma opção política legítima e suscetível de ser renovada a todo momento, representa um conjunto eficaz de baluartes edificados ao redor da sociedade civil, em cujos limites é possível reformular o programa de uma democracia radical*”.⁵⁹

De fato, o jogo que envolve uma esfera pública, baseada na sociedade civil e a formação da opinião e da vontade institucionalizada no complexo parlamentar (e na prática de decisão dos tribunais), forma um excelente ponto de partida para a tradução sociológica do conceito de política deliberativa. Todavia, a sociedade civil não pode ser tida simplesmente como um ponto de fuga para o qual convergem as linhas de uma auto-organização da sociedade como um todo. Cohen e Arato insistem, com razão, que a sociedade civil e a esfera pública garantem uma *margem de ação* muito limitada para as formas não institucionalizadas de movimento e de expressão da política. Eles se referem a uma “autolimitação” estruturalmente necessária da prática de uma democracia radical:

– Em primeiro lugar, a formação de uma sociedade dinâmica de pessoas privadas implica, não somente o contexto de uma cultura política livre, mas também uma esfera privada intacta, o que equivale a dizer que ela necessita de um mundo da vida já racionalizado. Caso contrário, podem surgir movimentos populistas que defendem cegamente os segmentos petrificados da tradição de um mundo da vida ameaçado pela modernização capitalista. Esses movimentos são modernos devido às formas de sua mobilização, porém antidemocráticos em seus objetivos.⁶⁰

59 Cohen, Arato (1992), 474.

60 O estudo clássico de I. Bibo sobre o fascismo (*Die deutsche Hysterie*. Frankfurt/M., 1991) acentua esse aspecto duplo. O socialismo também revelou uma dupla face, pois estava voltado, ao mesmo tempo, para o passado e para o futuro; ele pretendia inserir, nas novas formas de intercâmbio do industrialismo, as velhas forças

– Em segundo lugar, é preciso lembrar que, na esfera pública, ao menos na esfera pública liberal, os atores não podem exercer poder político, apenas influência. E a influência de uma opinião pública, mais ou menos discursiva, produzida através de controvérsias públicas, constitui certamente uma grandeza empírica, capaz de mover algo. Porém, essa influência pública e política tem que passar antes pelo filtro dos *processos* institucionalizados da formação democrática da opinião e da vontade, transformar-se em poder comunicativo e infiltrar-se numa legislação legítima, antes que a opinião pública, concretamente generalizada, possa se transformar numa convicção *testada* sob o ponto de vista da generalização de interesses e capaz de legitimar decisões políticas. Ora, a soberania do povo, diluída comunicativamente, não pode impor-se *apenas* através do poder dos discursos públicos informais – mesmo que eles tenham se originado de esferas públicas autônomas. Para gerar um poder político, sua influência tem que abranger também as deliberações de instituições democráticas da formação da opinião e da vontade, assumindo uma forma autorizada.

– Finalmente, convém lembrar que o direito e o poder administrativo, instrumentos que estão à disposição da política, têm um alcance reduzido em sociedades funcionalmente diferenciadas. A política continua sendo o destinatário de todos os problemas de integração não resolvidos; porém, a orientação política muitas vezes tem que seguir o caminho indireto e respeitar, como vimos, o modo característico de operação de sistemas de funções e de outros domínios altamente organizados. Isso faz com que os movimentos democráticos oriundos da sociedade civil renunciem às aspirações de uma sociedade auto-organizada em sua totalidade, aspirações que estavam na base das idéias marxistas da revolução social. Diretamente, a sociedade só pode transformar-se a si mesma; porém ela pode influir indiretamente na autotransformação do sistema político constituído como um Estado de direito. Quanto ao mais, ela também pode influenciar a programação desse sistema. Porém ela não assume *o lugar* de um macrossujeito superdimensionado, dotado de características filosófico-históricas, des-

socialmente integrativas das comunidades solidárias de um mundo pré-industrial em decadência. Cf. J. Habermas, *Die nachholende Revolution*. Frankfurt/M, 1990, 179-204.

tinado a controlar a sociedade em seu todo, agindo legitimamente em seu lugar. Além disso, o poder comunicativo, introduzido para fins de planejamento da sociedade, não gera formas de vida emancipadas. Estas podem *formar-se* na sequência de processos de democratização, mas não podem ser *produzidas* através de intervenções exteriores.

A autolimitação da sociedade civil não implica *perda de autonomia*. Além disso, o saber relativo à regulação política em sociedades complexas constitui uma fonte escassa e cobiçada, podendo tornar-se fonte de um novo paternalismo do sistema. E a administração estatal não detém o monopólio do saber relevante necessário, tendo que extraí-lo do sistema das ciências ou de outras agências. Por isso, a sociedade civil, apesar de sua posição assimétrica em relação às possibilidades de intervenção e apesar das limitadas capacidades de elaboração, tem a chance de mobilizar um saber alternativo e de preparar traduções *próprias*, apoiando-se em *avaliações técnicas especializadas*. O fato de o público ser composto de leigos e de a comunicação pública se dar numa linguagem compreensível a todos não significa necessariamente um obscurecimento das questões essenciais ou das razões que levam a uma decisão. Porém a tecnocracia pode tomar isso como pretexto para enfraquecer a autonomia da esfera pública, uma vez que as iniciativas da sociedade civil não conseguem fornecer um saber especializado suficiente para regular as questões discutidas publicamente, nem traduções adequadas.

3. Barreiras e estruturas de poder que surgem no interior da esfera pública

Os conceitos de “esfera pública política” e de “sociedade civil”, que acabamos de introduzir, não representam apenas postulados normativos, pois têm referências empíricas. No entanto, a tradução sociológica e falsificável do conceito de democracia radical, proposto pela teoria do discurso, necessita de outros conceitos. Pretendo mostrar que a sociedade civil pode, *em certas circunstâncias*, ter opiniões públicas próprias, capazes de influenciar o complexo parlamentar (e os tribunais), obrigando o sistema político a modificar o rumo do poder oficial. No entanto, a sociologia da comunicação de massas é cética quanto às possibilidades oferecidas pelas esferas públicas tradicionais das democracias ocidentais, dominadas pelo poder e pela mídia. Movimentos sociais, iniciativas de sujeitos privados e de

foros civis, uniões políticas e outras associações, numa palavra, os agrupamentos da sociedade civil, são sensíveis aos problemas, porém os sinais que emitem e os impulsos que fornecem são, em geral, muito fracos para despertar a curto prazo processos de aprendizagem no sistema político ou para reorientar processos de decisão.

Em sociedades complexas, a esfera pública forma uma estrutura intermediária que faz a mediação entre o sistema político, de um lado, e os setores privados do mundo da vida e sistemas de ação especializados em termos de funções, de outro lado. Ela representa uma rede super-complexa que se ramifica espacialmente num sem número de arenas internacionais, nacionais, regionais, comunais e subculturais, que se sobrepõem umas às outras; essa rede se articula objetivamente de acordo com pontos de vista funcionais, temas, círculos políticos, etc., assumindo a forma de esferas públicas mais ou menos especializadas, porém, ainda acessíveis a um público de leigos (por exemplo, em esferas públicas literárias, eclesiásticas, artísticas, feministas, ou ainda, esferas públicas “alternativas” da política de saúde, da ciência e de outras); além disso, ela se diferencia por níveis, de acordo com a densidade da comunicação, da complexidade organizacional e do alcance, formando três tipos de esfera pública: esfera pública *episódica* (bares, cafés, encontros na rua), esfera pública da *presença organizada* (encontros de pais, público que frequenta o teatro, concertos de Rock, reuniões de partidos ou congressos de igrejas) e esfera pública *abstrata*, produzida pela mídia (leitores, ouvintes e espectadores singulares e espalhados globalmente). Apesar dessas diferenciações, as esferas públicas parciais, constituídas através da linguagem comum ordinária, são porosas, permitindo uma ligação entre elas. Limites sociais internos decompõem o texto “da” esfera pública, que se estende radialmente em todas as direções, sendo transcrita de modo contínuo, em inúmeros pequenos textos, para os quais tudo o mais serve de contexto; porém, sempre existe a possibilidade de lançar uma ponte hermenêutica entre um texto e outro. Além disso, esferas públicas parciais constituem-se com o auxílio de mecanismos de exclusão; como, porém, esferas públicas não podem cristalizar-se na forma de organizações ou sistemas, não existe nenhuma regra de exclusão sem cláusula de suspensão.

Noutras palavras: no interior da esfera pública geral, definida através de sua relação com o sistema político, as fronteiras não são rígidas em princípio. Os direitos à inclusão e à igualdade ilimitada, embutidos em esferas públicas liberais, impedem mecanismos de

exclusão do tipo foucaultiano e fundamentam um *potencial de auto-transformação*. No decorrer dos séculos XIX e XX, os discursos universalistas da esfera pública burguesa não conseguiram imunizar-se contra uma crítica oriunda dentro dela mesma. O movimento dos trabalhadores e o feminismo, por exemplo, retomaram esses discursos, a fim de romper as estruturas que eles tinham constituído inicialmente como “o outro” de uma esfera pública burguesa⁶¹.

Ora, quanto mais o público for unido através dos meios de comunicação de massa e incluir todos os membros de uma sociedade nacional ou até todos os contemporâneos, o que o transformaria numa figura abstrata, tanto mais nítida será a diferenciação entre os *papéis dos atores* que se apresentam nas arenas e dos espectadores que se encontram na galeria. Mesmo sabendo que o “sucesso desses atores é decidido, em última instância, nas galerias”⁶², convém saber até que ponto as tomadas de posição em termos de sim/não do público são autônomas - se elas refletem apenas um processo de convencimento ou antes um processo de poder, mais ou menos camuflado. A grande quantidade de pesquisas empíricas não permite uma resposta conclusiva a essa questão cardinal. No entanto, é possível, ao menos, precisar a questão quando se parte da idéia de que os processos públicos de comunicação são tanto mais isentos de distorções quanto mais estiverem entregues a uma sociedade civil oriunda do mundo da vida.

Pode-se tentar fazer uma distinção entre atores que surgem “do” público, sem grande poder organizacional, e atores que dispõem *naturalmente* do poder de organização, de fontes e de potenciais de ameaça. É verdade que os atores que se ancoram mais fortemente na sociedade civil dependem do apoio de “protetores” que arranjam as fontes necessárias em termos de dinheiro, de organização, de saber e de capital social. Todavia, os protetores “que compartilham as mesmas idéias” não prejudicam *ipso facto* a neutralidade das capacidades dos titulares. Os atores coletivos, ao contrário, que influenciam a esfera pública a partir de um sistema de ação especificado funcionalmente, apóiam-se numa base *própria*. Entre esses atores políticos e sociais, que não necessitam obter suas fontes de outros domínios, eu conto, em primeira linha, os

partidos estabelecidos, amplamente estatizados, e as grandes organizações de interesses dotadas de poder social; elas servem-se das “agências de observação”, da pesquisa da opinião e do mercado, exercendo por si mesmas um trabalho profissional no âmbito da esfera pública.

No entanto, a complexidade organizacional, as fontes, a profissionalização, etc. não bastam por si mesmas para estabelecer a distinção entre atores “nativos” e atores aproveitadores. Pois, os interesses representados não indicam por si mesmos a origem dos atores. Porém, existem outros indicadores mais confiáveis. Eles se distinguem pelo modo de identificação. Existem atores que podem ser identificados como partidos políticos ou como organizações econômicas, como representantes de grupos profissionais, de associações protetoras dos inquilinos, etc., ao passo que outro tipo de atores tem que *produzir* primeiro as características que os identificam. Isso pode ser constatado claramente em movimentos sociais que atravessam inicialmente uma fase de auto-identificação e de autolegitimação (o que também vale para atores da sociedade civil em geral); mais tarde eles continuam a exercer uma “*identity-politics*”, paralela às suas políticas pragmáticas - pois, eles têm que certificar-se, a cada passo, de sua identidade. Para saber se os atores se contentam em utilizar uma esfera pública já constituída ou se participam ativamente na reprodução das suas estruturas, é necessário observar se eles são sensíveis às ameaças que envolvem os direitos de comunicação, e se estão dispostos a ir além da defesa dos próprios interesses, levantando barreiras contra formas camufladas ou escancaradas de exclusão e de repressão de minorias e de grupos marginalizados. Para os movimentos sociais, é questão de vida ou morte a possibilidade de encontrar formas solidárias de organização e esferas públicas que permitem esgotar e radicalizar direitos e estruturas comunicacionais existentes⁶³.

Um terceiro grupo é formado por repórteres que coletam informações, decidem sobre a escolha e a apresentação dos “programas”, controlando de certa forma o acesso dos temas, das contribuições e dos autores à esfera pública dominada pela mídia. A crescente complexidade da mídia e o aumento do capital acarretam uma centralização dos meios de comunicação. Na mesma proporção, os meios de

61 Habermas (1990), 15-20.

62 Gerhards, Neidhardt (1990), 27.

63 Cohen, Arato (1992), 492-563.

comunicação de massa ficam expostos a uma crescente pressão seletiva, tanto do lado da oferta como da procura. Esses processos de seleção tornam-se fonte de uma nova espécie de poder, ou *poder da mídia*, o qual não é controlado suficientemente pelos critérios profissionais. Porém, já se começa a submeter esse “quarto poder” a uma regulação jurídica. Na República Federal da Alemanha, por exemplo, a forma de organização jurídica e a ancoragem institucional decidem se os canais de televisão devem abrir-se mais à influência de partidos e associações ou à de firmas privadas que possuem grande verba publicitária. Em geral, é possível dizer que a imagem da política construída pela televisão compõe-se de temas e contribuições que já foram produzidos para a publicidade e lançados nela através de conferências, esclarecimentos, campanhas, etc. Os produtores da informação impõem-se na esfera pública através de seu profissionalismo, qualidade técnica e apresentação pessoal. Ao passo que os atores coletivos, que operam fora do sistema político ou fora das organizações sociais e associações, têm normalmente menos chances de influenciar conteúdos e tomadas de posição dos grandes meios. Isso vale especialmente para opiniões que extrapolam o leque de opiniões da grande mídia eletrônica, “equilibrada”, pouco flexível e limitada centristicamente⁶⁴.

Antes de serem postas no ar, tais mensagens são submetidas a *estratégias de elaboração da informação*, as quais se orientam pelas condições de recepção ditadas pelos técnicos em publicidade. E dado que a disposição de recepção, capacidade cognitiva e atenção do público constituem uma fonte extremamente escassa, que é alvo dos programas concorrentes de várias “emissoras”, a apresentação de notícias e comentários segue conselhos e receitas dos especialistas em propaganda. A personalização das questões objetivas, a mistura entre informação e entretenimento, a elaboração episódica e a fragmentação de contextos formam uma síndrome que promove a despolitização da comunicação pública⁶⁵. Esse é o verdadeiro

núcleo da teoria da indústria cultural. A bibliografia da pesquisa contém informações mais ou menos confiáveis sobre o quadro institucional, a estrutura, o modo de trabalhar, a formação dos programas e o aproveitamento dos meios; porém, as afirmações sobre os *efeitos dos meios* ainda não são seguras, apesar do tempo que já transcorreu após Lazarsfeld. Contudo, a pesquisa da recepção e dos efeitos conseguiu eliminar a imagem do consumidor passivo, dirigido pelos programas oferecidos. Ao invés disso, ela se volta para as estratégias de interpretação dos espectadores - que eventualmente comunicam entre si - que são capazes de contradizer ou de sintetizar a oferta utilizando-se de padrões de interpretação próprios⁶⁶.

Todavia, mesmo que conhecêssemos o peso e o modo de operar dos meios de comunicação de massa e a distribuição de papéis entre público e atores, e mesmo que pudéssemos opinar sobre quem dispõe do poder dos meios, não teríamos clareza sobre o modo como os meios de massa afetam os fluxos intransparentes da comunicação da esfera pública política. No entanto, são mais claras as *reações normativas* face ao fenômeno relativamente novo do poder dos complexos de mídia que concorrem entre si para obter influência político-publicitária. Gurevitch e Blumler sintetizaram as tarefas a serem preenchidas pela mídia nos sistemas políticos constitucionais, nos seguintes pontos:

“1. *Vigiar sobre o ambiente sócio-político, trazendo a público desenvolvimentos capazes de interferir, positiva ou negativamente, no bem-estar dos cidadãos.*

2. *definir as questões significativas da agenda política, identificando as questões-chave, bem como as forças que as conceberam e que podem trazer uma solução;*

3. *estabelecer as plataformas que permitem aos políticos, aos porta-vozes de outras causas e de outros grupos de interesses, defender suas posições de modo inteligível e esclarecedor;*

4. *permitir o diálogo entre diferentes pontos de vista e entre detentores do poder (atuais e futuros) e público de massa;*

64 M. Kaase. “Massenkommunikation und politischer Prozess”, in M. Kaase, W. Schulz (ed.) *Massenkommunikation*. KZfSS 30, 1989, 97-117.

65 Essa afirmação vale, em primeira linha, para os meios eletrônicos mais usados por um amplo público; para a imprensa e outros meios ela tem que ser qualificada.

66 St. Hall. “Encoding and Decoding in TV-Discourse”, in id. (org.) *Culture, Media, Language*. Londres, 1980, 128-138; D. Morley. *Family Television*. Londres, 1988.

5. criar mecanismos que permitem acionar os responsáveis para prestar contas sobre o modo como exerceram o poder;

6. incentivar os cidadãos a aprender, a escolher e a se envolver no processo político, abandonando sua função de meros espectadores;

7. resistir, em nome de princípios bem definidos, aos esforços exteriores à mídia que visam subverter sua independência, sua integridade e sua capacidade de servir ao público;

8. respeitar os membros do público espectador e leitor como virtuais envolvidos e capazes de entender seu ambiente político.”⁶⁷.

O código profissional dos jornalistas e a autocompreensão ética da corporação, de um lado, bem como a organização de uma imprensa livre, de outro lado, tomam tais princípios como orientação⁶⁸. Eles expressam uma idéia reguladora bastante simples, que coincide com o conceito de política deliberativa, a saber: os meios de massa devem situar-se como mandatários de um público esclarecido, capaz de aprender e de criticar; devem preservar sua independência frente a atores políticos e sociais, imitando nisso a justiça; devem aceitar imparcialmente as preocupações e sugestões do público, obrigando o processo político a se legitimar à luz desses temas. Por este caminho se neutraliza o poder da mídia e se impede que o poder administrativo ou social seja transformado em influência político-publicitária. Segundo esta idéia, os atores políticos e sociais podem “utilizar” a esfera pública, porém, somente na medida em que forem capazes de fornecer contribuições convincentes para o tratamento dos problemas percebidos pelo público ou inseridos na agenda pública por consentimento dele. Os partidos políticos também deveriam participar na formação da opinião e da vontade do público, assumindo a perspectiva própria deste público, ao invés de tentar influir no público para manter seu

poder político, visando apenas extrair da esfera pública a lealdade das massas⁶⁹.

Quando tomamos consciência da imagem difusa da esfera pública veiculada pela sociologia da comunicação de massa, que aparece submetida ao poder e à dominação dos meios de comunicação de massa, cresce nosso ceticismo com relação às chances de a sociedade civil vir a exercer influência sobre o sistema político. Todavia, tal avaliação vale somente para uma *esfera pública em repouso*. Pois, a partir do momento em que acontece uma mobilização, as estruturas sobre as quais se apóia a autoridade de um público que toma posição começam a vibrar. E as relações de forças entre a sociedade civil e o sistema político podem sofrer modificações.

4. Superação das barreiras em situações críticas

Neste ponto, retomo a questão central, que consiste em descobrir o sujeito capaz de colocar os temas na ordem do dia e de determinar a orientação dos fluxos da comunicação. Cobb, Ross e Ross estabeleceram modelos capazes de reproduzir o caminho que leva a temas novos e politicamente relevantes, o qual tem início na primeira iniciativa e culmina no tratamento formal dispensado nas sessões de uma assembléia autorizada a decidir⁷⁰. Se modificarmos adequadamente os seguintes modelos propostos: *inside access model* (modelo de acesso interno), *mobilization model* (modelo de mobilização), *outside initiative model* (modelo de iniciativa externa), ou seja, se os modificarmos de acordo com pontos de vista de uma teoria da democracia, poderemos representar simplificada a influência que circula entre a esfera pública e o sistema político. No primeiro caso, a iniciativa é dos dirigentes políticos ou detentores do poder: antes de ser discutido formalmente, o tema segue o seu percurso no âmbito do sistema político, sem a influência perceptível da esfera pública política ou até com a exclusão

67 M. Gurevitch, G. Blumler. “Political Communication Systems and Democratic Values”, in J. Lichtenberg (ed.). *Democracy and the Mass Media*. Cambridge, Mass. 1990, 270.

68 Cf. os princípios elaborados para um “pluralismo regulado” dos meios de comunicação de massa in J. B. Thompson. *Ideology and Modern Culture*. Cambridge, 1990, 261ss.

69 J. Keane defende uma “filosofia da mídia” parecida: id. *The Media and Democracy*. Cambridge, 1991.

70 R. Cobb, J. K. Ross, M. H. Ross. “Agenda Building as a comparative Political Process”, in *American Political Science Review*, 70, 1976, 126-138; R. Cobb, Ch. Elder. “The Politics of Agenda-Building”, in *Journal of Politics*, 1971, 892-915.

delas. No segundo caso, a iniciativa também é do sistema político; porém, seus agentes são obrigados a mobilizar a esfera pública, uma vez que necessitam do apoio de partes relevantes do público para atingir um tratamento formal ou para conseguir a implementação de um programa já votado. Somente no terceiro caso a iniciativa pertence às forças que se encontram fora do sistema político, as quais impõem o tratamento formal utilizando-se da esfera pública mobilizada, isto é, da pressão de uma opinião pública: “O modelo da iniciativa externa aplica-se à situação na qual um grupo que se encontra fora da estrutura governamental: 1) articula uma demanda, 2) tenta propagar em outros grupos da população o interesse nessa questão, a fim de ganhar espaço na agenda pública, o que permite 3) uma pressão suficiente nos que têm poder de decisão, obrigando-os a inscrever a matéria na agenda formal, para que seja tratada seriamente. Esse modelo de formação de uma agenda pode predominar em sociedades mais igualitárias. Entretanto, o fato de ter adquirido o status de uma agenda formal não significa necessariamente que a decisão final das autoridades ou que a atual política de implementação corresponderão às pretensões do grupo que formulara a demanda”⁷¹.

Em caso normal, os temas e sugestões seguem um caminho que corresponde mais ao primeiro e ao segundo modelos, menos ao terceiro. Enquanto o sistema político for dominado pelo fluxo informal do poder, a iniciativa e o poder de introduzir temas na ordem do dia e de torná-los maduros para uma decisão, pertence mais ao governo e à administração do que ao complexo parlamentar; e enquanto os meios de comunicação de massa, contrariando sua própria autocompreensão normativa, conseguirem seu material dos produtores de informações - poderosos e bem organizados - e enquanto eles preferirem estratégias publicitárias que diminuem o nível discursivo da circulação pública da comunicação, os temas em geral serão dirigidos numa direção centrífuga, que vai do centro para fora, contrariando a direção espontânea que se origina na periferia social. De qualquer modo, os dados sobre a articulação dos problemas nas arenas públicas, de cunho nitidamente cético, apontam nesta direção⁷². Em nosso contexto, não

há necessidade de fundamentar uma análise empírica convincente acerca das influências que a política exerce sobre o público e vice-versa. Basta tornar plausível que os *atores da sociedade civil*, até agora negligenciados, *podem* assumir um papel surpreendentemente ativo e pleno de conseqüências, quando tomam consciência da situação de crise⁷³. Com efeito, apesar da diminuta complexidade organizacional, da fraca capacidade de ação e das desvantagens estruturais, eles têm a chance de *inverter* a direção do fluxo convencional da comunicação na esfera pública e no sistema político, transformando destarte o modo de solucionar problemas de todo o sistema político.

As estruturas comunicacionais da esfera pública estão muito ligadas aos domínios da vida privada, fazendo com que a periferia, ou seja, a sociedade civil, possua uma sensibilidade maior para os novos problemas, conseguindo captá-los e identificá-los antes que os centros da política. Pode-se comprovar isso através dos grandes temas surgidos nas últimas décadas - pensemos na espiral do rearmamento atômico, nos riscos do emprego pacífico da energia nuclear, nos riscos de outras instalações técnicas de grande porte ou de experimentos genéticos, pensemos nas ameaças ecológicas que colocam em risco o equilíbrio da natureza (morte das florestas, poluição da água, desaparecimento de espécies, etc.), no empobrecimento progressivo e dramático do Terceiro Mundo e nos problemas da ordem econômica mundial, nos temas do feminismo, no aumento da emigração que traz conseqüências para a composição étnica e cultural da população, etc. Não é o aparelho do Estado, nem as grandes organizações ou sistemas funcionais da sociedade que tomam a *iniciativa* de levantar esses problemas. Quem os lança são intelectuais, pessoas envolvidas, profissionais radicais, “advogados” autoproclamados, etc. Partindo dessa periferia, os temas dão entrada em revistas e associações interessadas, clubes, academias, grupos profissionais, universidades, etc., onde encontram tribunas, iniciativas de cidadãos e outros tipos de plataformas; em vários casos transformam-se em núcleos de cristalização de movimentos sociais e de novas subculturas⁷⁴.

71 Cobb, Ross e Ross (1976), 132.

72 St. Hilgartner. “The Rise and Fall of Social Problems”, in *American Journal of Sociology*, 94, 1988, 53-78.

73 Num estudo empírico estimulante, L. Rolke analisa movimentos sociais como “exponentes do mundo da vida”: cf. id. *Protestbewegungen in der Bundesrepublik*. Opladen, 1987.

74 J. Raschke. *Soziale Bewegungen*. Frankfurt/M, 1985.

E estes, por seu turno, têm condições de encenar e de dramatizar as contribuições, fazendo com que os meios de comunicação de massa se interessem pela questão. Pois, para atingir o grande público e a “agenda pública”, tais temas têm que passar pela abordagem controversa da mídia. Às vezes é necessário o apoio de ações espetaculares, de protestos em massa e de longas campanhas para que os temas consigam ser escolhidos e tratados formalmente, atingindo o núcleo do sistema político e superando os programas cautelosos dos “velhos partidos”.

Existem naturalmente outros tipos de percurso para temas, outras veredas que levam da periferia ao centro, outros modelos mais ramificados e complexos. O certo é, no entanto, que nas esferas públicas políticas, mesmo nas que foram mais ou menos absorvidas pelo poder, as relações de forças modificam-se tão logo a percepção de problemas sociais relevantes suscita uma *consciência de crise* na periferia. E se nesse momento atores da sociedade civil se reunirem, formulando um tema correspondente e o propagarem na esfera pública, sua iniciativa pode ter sucesso porque a mobilização endógena da esfera pública coloca em movimento uma lei, normalmente latente, inscrita na estrutura interna de qualquer esfera pública e sempre presente na autocompreensão normativa dos meios de comunicação de massa, segundo a qual, os que estão jogando na arena devem a sua influência ao assentimento da galeria. Pode-se dizer que, à medida que um mundo da vida racionalizado favorece a formação de uma esfera pública liberal com forte apoio numa sociedade civil, a autoridade do público que toma posição se fortalece no decorrer das controvérsias públicas. Pois, em casos de mobilização devido a uma crise, a comunicação pública informal se movimenta, *nessas condições*, em trilhos que, de um lado, impedem a concentração de massas doutrinadas, seduzíveis populisticamente e, de outro lado, reconduzem os potenciais críticos dispersos de um público que não está mais unido a não ser pelos laços abstratos da mídia - e o auxiliam a exercer uma influência político-publicitária sobre a formação institucionalizada da opinião e da vontade. É certo que apenas em esferas públicas *liberais* as ações políticas dos movimentos sub-institucionais - que caem fora dos trilhos convencionais da política de interesses, a fim de fortalecer a circulação do sistema político regulado pelo Estado de direito - possuem uma linha diferente da das esferas públicas *formadas*, que servem apenas como foros de legitimação plebiscitária⁷⁵.

No topo desta escada, que é escalada pelos protestos sub-institucionais das pessoas privadas quando agudizam seus protestos, torna-se claro esse sentido de uma pressão acentuada da legitimação. O último meio para conferir uma audiência maior e uma influência político-jornalística aos argumentos da oposição consiste em atos da desobediência civil, os quais necessitam de um alto grau de explicação. Tais atos de transgressão simbólica não-violenta das regras se auto-interpretam como expressão do protesto contra decisões impositivas as quais são ilegítimas no entender dos atores, apesar de terem surgido legalmente à luz de princípios constitucionais vigentes. Eles têm como alvo dois destinatários. De um lado, apelam aos responsáveis e mandatários, para que retomem deliberações políticas formalmente concluídas, e para que revisem eventualmente suas decisões, tendo em conta a persistente crítica pública. De outro lado, eles apelam para “o sentido de justiça da maioria da sociedade”, formulado por Rawls⁷⁶, portanto, para o juízo crítico de um público de pessoas privadas, a ser mobilizado através de meios não-convencionais. Independentemente do respectivo objeto da controvérsia, a desobediência civil sempre reclama implicitamente que a formação legal da vontade política não pode se desligar dos processos de comunicação da esfera pública. A mensagem desse subtexto dirige-se a um sistema político que, devido à sua estrutura constitucional, não pode se desligar da sociedade civil nem se tornar independente da periferia. Deste modo, a desobediência civil refere-se à sua própria origem na sociedade civil, a qual, quando entra em crise, serve-se da opinião pública para atualizar os conteúdos normativos do Estado democrático de direito, e para contrapô-los à inércia sistêmica da política institucional.

Tal caráter *auto-referencial* coloca em evidência a definição proposta por Cohen e Arato, apoiando-se em Rawls, Dworkin e em mim: “*Civil disobedience involves illegal acts, usually on the part of collective actors, that are public, principled and symbolic in*

75 C. Offe. “Challenging the Boundaries of Institutional Politics: Social Movements since the 1960s”, in Cha. S. Maier. *Changing Boundaries of the Political*. Cambridge, 19878, 63-106.

76 Rawls, (1975), 401.

*character, involve primarily nonviolent means of protest, and appeal to the capacity for reason and the sense of justice of the populace. The aim of civil disobedience is to persuade public opinion in civil and political society ... that a particular law or policy is illegitimate and a change is warranted ... Collective actors involved in civil disobedience invoke the utopian principles of constitutional democracies, appealing to the ideas of fundamental rights or democratic legitimacy. Civil disobedience is thus a means for reasserting the link between civil and political society ..., when legal attempts at exerting the influence of the former on the latter have failed and other avenues have been exhausted*⁷⁷. Nesta interpretação da desobediência civil manifesta-se a auto-consciência de uma sociedade civil que ousa, ao menos em caso de crise, fortalecer a pressão que um público mobilizado exerce sobre o sistema político, fazendo com que este sintonize com o modo conflitual, neutralizando a contracorrente, não oficial, do poder.

A justificação da desobediência civil⁷⁸ apóia-se, além disso, numa *compreensão dinâmica* da constituição, que é vista como um projeto inacabado. Nesta ótica de longo alcance, o Estado democrático de direito não se apresenta como uma configuração pronta, e sim, como um empreendimento arriscado, delicado e, especialmente, falível e carente de revisão, o qual tende a *reatualizar*, em circunstâncias precárias, o sistema dos direitos, o que equivale a interpretá-los melhor e a institucionalizá-los de modo mais apropriado e a esgotar de modo mais radical o seu conteúdo. Esta é a perspectiva de pessoas privadas que participam ativamente na realização do sistema dos direitos e as quais, invocando as condições contextuais modificadas, gostariam de sobrepujar na prática a tensão que existe entre facticidade social e validade. A teoria do direito não é capaz de apropriar-se desta perspectiva participante; no entanto, ela tem condições de reconstruir a *compreensão* paradigmática do direito e do Estado democrático de direito que serve de guia às pessoas privadas quando se dão conta

das limitações estruturais inerentes à auto-organização da comunidade jurídica em sua sociedade.

5. Síntese dos elementos a serem levados em conta pelo sistema jurídico

A reconstrução revelou que os direitos fundamentais e os princípios do Estado de direito explicitam apenas o sentido performativo da autoconstituição de uma comunidade de parceiros do direito, livres e iguais. Essa prática é perenizada nas formas de organização do Estado democrático de direito. Toda constituição histórica desenvolve uma dupla relação com o tempo: enquanto documento histórico, ela lembra o ato de fundação que interpreta (ela marca um início no tempo e, simultaneamente, enuncia o seu caráter normativo, ou seja, lembra que a tarefa de interpretação e de configuração do sistema dos direitos se coloca para cada geração, *como uma nova tarefa*); enquanto projeto de uma sociedade justa, a constituição articula o horizonte de expectativas de um futuro antecipado no presente. E sob a ótica desse processo constituinte, duradouro e *contínuo*, o processo democrático da legislação legítima adquire um estatuto privilegiado. O que leva a formular a seguinte pergunta: será que esse processo exigente pode ser implementado efetivamente em nossas sociedades complexas, de tal modo que o sistema político seja atravessado por um fluxo de poder regulado pelo Estado de direito? Em caso afirmativo, é necessário perguntar: como isso pode dar-se? As respostas a essa questão podem revelar nossa própria compreensão paradigmática do direito. A fim de elucidar tal compreensão da constituição, gostaria de estabelecer os seguintes pontos:

(a) De um lado, o sistema político definido pelo Estado de direito se especializa na produção de decisões que envolvem a coletividade, formando um sistema parcial entre outros sistemas parciais. De outro lado, e devido ao nexo interno que mantém com o direito, a política é responsável por problemas que atingem a sociedade como um todo. Além disso, as decisões que envolvem a coletividade têm que ser vistas como a concretização de direitos, pois, através do *medium* do direito, as estruturas de reconhecimento, embutidas no agir regulado pelo entendimento, passam do nível de interações simples para o das relações abstratas e anônimas entre estranhos. Ao perseguir fins coletivos especiais, e ao regular determinados conflitos, a política gera simulta-

77 Cohen, Arato, (1992), 587s. Sobre “tolerância militante”, cf.: Rödel, Frankenberg, Dubiel, (1989), cap. VI.

78 Sobre a discussão jurídica cf.: R. Dreier. “Widerstandsrecht im Rechtsstaat?”, in id. *Recht - Staat - Vernunft*. Frankfurt/M., 1991, 39-72; Th. Laker. *Ziviler Ungehorsam*. Baden-Baden, 1986.

neamente problemas gerais de integração. E por estar constituída conforme o direito, a política, especificada funcionalmente em seu modo de operar, mantém uma relação com os problemas da sociedade em seu conjunto, ou seja, ela continua num nível reflexivo uma integração social que outros sistemas de ação não conseguem mais desempenhar suficientemente.

(b) Essa posição assimétrica esclarece porque o sistema político padece de dois tipos de limitação - e porque suas realizações e decisões tomam como medida certos padrões. Enquanto sistema de ação funcionalmente especificado, ele é limitado por outros sistemas de funções que obedecem à sua própria lógica, fechando-se, pois, a intervenções diretas. Por este lado, o sistema político choca-se contra as barreiras da eficiência do poder administrativo (inclusive das formas de organização do direito e dos meios fiscais). De outro lado, a política, enquanto sistema de ação regulado pelo Estado de direito, se liga à esfera pública, ficando na dependência das fontes do poder comunicativo que se apóia no mundo da vida. Aqui o sistema político não está submetido às limitações externas de um ambiente social, pois, ele experimenta sua dependência em relação a condições possibilitadoras internas. Pois, as condições que tornam possível a produção de direito legítimo não se encontram à disposição da política.

(c) Em ambos os casos, o sistema político está exposto a perturbações capazes de colocar em risco a *efetividade* de suas realizações, ou seja, a *legitimidade* de suas decisões. O sistema político fracassa em sua competência reguladora quando os programas jurídicos implementados ficam sem efeito, quando as realizações de orientação e ordenação desencadeiam efeitos desintegradores nos sistemas de ação carentes de regulação ou quando os meios utilizados sobrecarregam o próprio medium do direito e, com isso, a constituição normativa do próprio sistema. Em casos de regulação complexa, a irrelevância, a orientação errônea e a autodestruição podem acumular-se, assumindo a forma aguda de um “trilema regulatório”⁷⁹. De outro lado, o sistema político fracassa em sua função de lugar-tenente da integração social, quando suas decisões, não importa o quanto sejam efetivas, se distanciam do direito legítimo. O fluxo do poder regulado pelo Estado de direito é

anulado quando o sistema administrativo se torna independente em relação ao poder produzido comunicativamente, quando o poder social de sistemas de funções de grandes organizações, inclusive dos meios de comunicação de massa, se transforma em poder ilegítimo ou quando as fontes do mundo da vida, que alimentam comunicações públicas espontâneas, não são mais suficientes para garantir uma articulação livre de interesses sociais. A emancipação do poder ilegítimo e a fraqueza da sociedade civil e da esfera pública política podem configurar um “dilema legitimatório”, o qual pode combinar-se eventualmente com o trilema da regulação, formando um grande círculo vicioso. A partir daí, o sistema político é absorvido por déficits de legitimidade e de regulação que se reforçam mutuamente.

(d) Tais crises podem ser explicadas historicamente. Porém a sua inserção nas estruturas de sociedades funcionalmente diferenciadas não é suficiente para impedir *a limine* qualquer projeto de poder autônomo de uma comunidade de pessoas livres e iguais que se ligam através do direito. Contudo, elas são sintomáticas, no sentido de que o sistema político constituído através do Estado de direito está inserido assimetricamente em processos circulares altamente complexos, que têm que ser levados na devida conta pelos atores, caso pretendam, enquanto cidadãos, deputados, juízes, funcionários, etc., engajar-se com sucesso, num enfoque performativo, na realização do sistema de direitos. E uma vez que esses direitos têm que ser interpretados de forma diferente em contextos sociais oscilantes, a luz que eles lançam sobre as condições sociais se fracciona através do espectro de paradigmas jurídicos diferentes. As constituições históricas podem ser entendidas como outras tantas interpretações de uma mesma prática - a da autodeterminação de parceiros do direito, livres e iguais; ora, esta prática, como qualquer outra, não tõe à história. E os participantes desejosos de saber o que tal prática significa *em geral*, têm que tomar como ponto de partida a *sua própria* prática.

79 G. Teubner. “Reflexives Recht”, in *Archiv für Rechts- u. Sozialphilosophie*, 68, (1982), 13ss.

IX. PARADIGMAS DO DIREITO

As grandes codificações do século XVIII tornaram o direito em vigor acessível através de textos: e os princípios normativos contidos nos livros de códigos passaram a indicar as normas que deviam valer. Ou seja, eles formaram a base do exercício do direito. E a doutrina jurídica desenvolveu um esforço para interpretar o direito vigente à luz desses princípios. Entretanto, a teoria e a história do direito, apesar de suas orientações diferentes, tendem a uma compreensão objetivadora dos textos que contêm as leis e os sistemas de regras: podemos constatar que a teoria do direito, lançando mão de uma abstração generalizadora e sem abandonar a perspectiva participante, distancia-se do trabalho de interpretação judicial, sempre referido a casos singulares; ao passo que o olhar objetivador do historiador focaliza os contextos sociais nos quais o direito está inserido enquanto sistema de ação, e os quais alimentam implicitamente as concepções que servem de pano de fundo à justiça e à doutrina jurídica contemporânea. Tal perspectiva do observador permite vislumbrar os conjuntos de sentido não percebidos diretamente pelos afetados, os quais, porém, são capazes de criar laços subjetivos e objetivos entre o sistema jurídico e o seu ambiente social, servindo-se da imagem que os juristas se fazem acerca de seu respectivo contexto social. A partir daí torna-se claro que os especialistas interpretam as proposições normativas em dois contextos: o do corpo jurídico tomado como um todo e o da pré-compreensão dominante na sociedade atual. Deste modo, a interpretação do direito constitui também uma resposta aos desafios de determinada situação social, percebida de certa maneira.

Certas passagens importantes do texto da lei traem esse diagnóstico implícito – por exemplo, nas partes que tratam dos direitos fundamentais em constituições que nasceram de convulsões políticas ou de revoluções. Diferindo do direito formulado ou desenvolvido por juristas profissionais, o teor e o estilo dos direitos fundamentais

revelam enfaticamente a vontade declarada de pessoas privadas que reagem a experiências concretas de repressão e de ataque aos direitos humanos. Na maioria dos artigos referentes aos direitos humanos, ressoa o eco de uma injustiça sofrida, a qual passa a ser negada, por assim dizer, palavra por palavra. Aquilo que se manifesta claramente, nos raros momentos em que uma revolução cria uma constituição, tem que ser decifrado penosamente pelo historiador no trabalho rotineiro da legislação e da justiça. E estas só podem perseguir o seu fim, que é o de realizar direitos e pronunciar o direito, num contexto que elas interpretam tendo em vista possibilidades de ação concretas e limitadas. Para entender os argumentos e decisões que acompanham as respostas dadas pelos atores a algo, é necessário conhecer a imagem implícita que eles formam da sociedade como um todo, além de saber que estruturas, realizações, potenciais e perigos eles atribuem à sociedade contemporânea, quando tentam realizar a sua tarefa, que é a de concretizar o sistema dos direitos.

Em 1931, O. Kahn-Freund pesquisara o “ideal social” do Tribunal do Trabalho do *Reich*, seguindo a linha de uma crítica da ideologia.² E duas décadas mais tarde, ao conseguir decifrar os textos jurídicos clássicos do direito privado no paradigma do direito liberal, F. Wieacker introduziu o conceito equivalente de “modelo social”. Ele pretendia “descobrir o modelo social de determinada ordem jurídica e suas modificações; encontrar o arcabouço secreto que é encoberto pela continuidade da tradição científica determinada humanística, literária e conceitualmente”.³ Ao colocar em evidência o

paradigma do direito formal burguês, o famoso estudo de Wieacker revelou também o pano de fundo que tornava possível destacar a “materialização” do direito – tendência já deplorada por Max Weber, a qual, porém, se impôs em grande escala após o final da Segunda Guerra, com o desenvolvimento do Estado do bem-estar social. Essa *mudança social do direito* foi entendida, inicialmente, como um processo, durante o qual, uma nova compreensão instrumental do direito, referida a idéias de justiça do Estado social vinha sobrepor-se ao modelo do direito liberal e, no final, substituí-lo. A jurisprudência alemã interpretou esse processo, que parecia dissolver a unidade clássica e a estruturação sistemática da ordem jurídica racional, tida como a única possível, como uma *crise do direito*.

Durante a controvérsia sobre o estatuto e o valor posicional da cláusula relativa ao Estado social na arquitetura da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, desencadeada no início dos anos 50 entre especialistas em direito do Estado, um lado simplesmente negava o que o outro defendia insistentemente. Tratava-se de escolher entre dois paradigmas jurídicos concorrentes. E a premissa tácita, segundo a qual esses dois paradigmas são mutuamente excluídos, passou a ser questionada a partir do momento em que o Estado social, estabelecido com sucesso, deixou transparecer efeitos colaterais disfuncionais. Do ponto de vista jurídico, um dos aspectos particularmente inquietantes da “crise do Estado social” residia na “insensibilidade” das burocracias estatais emergentes com relação a limitações impostas à autodeterminação de seus clientes – uma fraqueza do paradigma do Estado social simétrica à da “cegueira social” do direito formal burguês. No entanto, desde os anos 70, a discussão em torno dos paradigmas transcorreu num certo nível reflexivo. Pois a atualização histórica da mudança de paradigmas fez com que a compreensão paradigmática do direito perdesse o caráter de saber regulador *intuitivo*, que serve apenas como pano de fundo. De sorte que a disputa acerca da correta compreensão paradigmática do direito transformou-se num tema explícito da doutrina jurídica.

Contudo, a estrutura intransparente de uma ordem jurídica que não se deixava amarrar ao programa condicional ou finalístico, como forma privilegiada de regulação, e que também não aliviava suficientemente o legislador da regulação de matérias complexas, estimulou a *procura de novo paradigma* situado além das alternativas

1 Podemos encontrar exemplos ilustrativos nos detalhados catálogos de direitos fundamentais das constituições dos Estados alemães, promulgadas após 1945, e no esboço de uma constituição para a ex-República Democrática Alemã, elaborado em abril de 1990, pelo grupo de trabalho “Nova Constituição da DDR” (Berlim), o qual não chegou a entrar em vigor.

2 O. Kahn-Freund. “Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts”, in Th. Ramm (ed.) *Arbeitsrecht und Politik*. Frankfurt/M., 1966, 149ss.

3 F. Wieacker. “Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft”, in *id.* *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*. Frankfurt/M., 1974, 5.

conhecidas.⁴ Neste contexto, D. Grimm desenvolveu uma pesquisa sobre “O futuro da constituição” que revela, de modo típico, o caráter aporético das argumentações atuais. Neste estudo, que ainda teremos ocasião de analisar, Grimm aborda as razões estruturais que explicam por que o direito constitucional é deficiente em termos de regulação, perdendo cada vez mais sua força vinculante; no final, ele se questiona se a idéia de constituição ainda tem futuro: “*Uma vez que a constituição não consegue mais incluir em sua estrutura reguladora todos os titulares do poder público, temos que contar com o fato de que ela também não irá incluir mais todos os domínios da atividade do Estado. Será que uma compreensão modificada da constituição poderá enfrentar essa perda de validade? Ou será que a constituição continuará definhando, reduzindo-se finalmente a uma ordem parcial? No momento, tais questões têm que permanecer em aberto*”.⁵ Na Alemanha, parece que a profissão se vê colocada perante a seguinte alternativa: ou ela articula, de modo convincente, uma compreensão do direito que se liga com um projeto constitucional talhado segundo o formato de sociedades complexas;⁶ ou abandona definitivamente qualquer compreensão normativa do direito, o que significa perder de vez a esperança de que o direito venha a transformar a força imperceptível de convicções – formadas sem violência e compartilhadas intersubjetivamente – em poder social integrador, o qual é capaz de superar, em última instância, qualquer tipo de violência pura e simples, pouco importando a máscara que ela utiliza para ocultar-se.

4 H. D. Assmann fornece um panorama dessa discussão. Cf. *id.* *Wirtschaftsrecht in der Mixed Economy*. Frankfurt/M., 1980, Cap. II.

5 D. Grimm. *Die Zukunft der Verfassung*. Frankfurt/M., 1991, 437 (Sublinhado por mim).

6 U. K. Preuss. *Revolution, Fortschritt und Verfassung. Zu einem neuen Verfassungsverständnis*. Berlin, 1990.

7 Tal consequência se impõe, quando se adota a teoria do sistema que caracteriza o sistema do direito como autodescrição. Cf. R. Wiethölter. “Ist unserem Recht der Prozess zu machen?”, in Honneth *et al.* (1989), 794-812.

Em síntese, eu gostaria de examinar se a compreensão procedimentalista desenvolvida até aqui pode contribuir para decidir essa questão. Explicitarei, inicialmente, a materialização do direito em algumas regiões do direito privado e no campo da transformação dos direitos fundamentais. A mudança de paradigmas revela que a autonomia privada, que acompanha o *status* de pessoas jurídicas em geral, tem que ser realizada de modos diferentes, em contextos sociais cambiantes (Seção I). Tratarei, a seguir, das dificuldades que o desenvolvimento do Estado do bem-estar social coloca no caminho da configuração autônoma da vida privada, servindo-me da dialética entre igualdade de direito e de fato. As seqüelas não intencionais resultantes da juridificação chamam a atenção para um nexo interno que existe entre autonomia privada e pública. Os efeitos indesejáveis da previdência do Estado social podem ser enfrentados por uma política de qualificação dos cidadãos, a qual fundamenta os direitos a prestações tomando como referência um *status* de pessoa privada que garante simultaneamente a autonomia privada e pública (Seção II). Além disso, o novo catálogo de tarefas do Estado e o domínio ampliado de funções da administração geram problemas para a divisão de poderes. Ora, é possível enfrentar a autoprogramação de uma administração independente e a delegação não-autorizada de resoluções do Estado através de um deslocamento da divisão funcional de poderes no interior do próprio sistema administrativo – por intermédio de novos elementos de participação e de controle, oriundos de esferas públicas específicas (Seção III).

I. Materialização do direito privado

1

Para caracterizar a compreensão paradigmática do direito, própria a determinada época social, introduziram-se as expressões: “ideal social”, “visão social” ou, simplesmente, “teoria”. Todas têm a ver com as concepções implícitas de cada pessoa acerca da própria sociedade e conferem uma perspectiva à prática da criação e da aplicação do direito, ou melhor, conferem orientação ao projeto geral de concretização de uma associação de parceiros do direito, livres e iguais. No entanto, as pesquisas históricas sobre as mudanças dos paradigmas e sobre as disputas entre eles limitam-se às interpreta-

ções profissionais do direito vigente. Um paradigma jurídico é deduzido, em primeira linha, das decisões exemplares da justiça, sendo geralmente confundido com a imagem implícita que os juízes formam da sociedade. F. Kübler, por exemplo, apoiando-se na sociologia do conhecimento e na fenomenologia social, fala numa “construção social da realidade”, a qual estaria na base dos juízos que o discurso jurídico formula para descrever e avaliar processos concretos e modos de funcionamento de sistemas de ação sociais: “os ‘fatos’ são expectativas e motivações de comportamento, referidas entre si, interações humanas, pequenas partículas extraídas da grande corrente de fluxos sociais entrelaçados de mil maneiras. Mais precisamente: não são esses processos, e sim as representações que o tribunal formula acerca deles”.⁸ H. J. Steiner designa as representações teóricas implícitas que os juízes cultivam acerca da sociedade como “visão social”. Esta forma o contexto, quando os juízes, ao fundamentar suas decisões, constatarem fatos e os referem a normas: “Por visão social ... eu entendo a percepção que os tribunais têm da sociedade (de sua estrutura sócio-econômica, dos modelos de interação social, dos fins morais e das ideologias políticas), dos atores sociais (de seu caráter, de seu comportamento e de suas capacidades) e dos acidentes (de suas causas, de sua amplitude e de seus custos)!”⁹ E, referindo-se à jurisprudência americana em matéria de responsabilidade por prejuízos, Steiner explica o conceito: “*The concept then includes courts’ understanding about matters as varied as the incidence and social costs of accidents, the operation of market pricing mechanisms, the capacity of individuals for prudent behavior, the bureaucratic rationality of business forms, the effects of standard clauses in contracts, and ideologies of growth or distribution in the nineteenth century or today. Social vision embraces not only empirical observations (the number of auto accidents), but also evaluative characterizations of events (the absence of free choice in a given context) and feelings of disapproval or empathy towards what is described (a ‘sharp’ bargain, or a ‘tragic’ loss)*”.

8 F. Kübler. *Über die praktischen Aufgaben zeitgemässer Privatrechtstheorie*. Karlsruhe, 1975, 9.

9 H. J. Steiner. *Moral Argument and Social Vision*. Madison, Wisc., 1987, 92.

Hoje em dia, a doutrina e a prática do direito tomaram consciência de que existe uma teoria social que serve como pano de fundo. E o exercício da justiça não pode mais permanecer alheio ao seu modelo social. E, uma vez que a compreensão paradigmática do direito não pode mais ignorar o saber orientador que funciona de modo latente, tem que desafiá-lo para uma justificação autocrítica. Após esse lance, a própria doutrina não pode mais evadir-se da questão acerca do paradigma “correto”. Kübler constata “que o direito privado necessita cada vez mais de um esclarecimento e de uma justificação de suas relações com a sociedade em geral, ou seja, de seu surgimento e de seu modo de funcionar na sociedade” porque “as tentativas de explicação tradicionais”, tanto as do modelo liberal como as do Estado social, “não conseguem mais convencer”.¹⁰ E o paradigma procurado tem que adequar-se à descrição mais apropriada das sociedades complexas; deve fazer jus à idéia original da autoconstituição de uma comunidade de parceiros do direito, livres e iguais; e superar o propalado particularismo de uma ordem jurídica que perdeu o seu centro ao tentar adaptar-se à complexidade do contexto social, a qual *não* foi *bem compreendida* e faz com que (o direito) se dissolva no momento em que recebe um incremento. A fixação na imagem que os *juízes* têm da sociedade reforça, além disso, a idéia de que a ciência do direito tem que resolver esta tarefa por si mesma.

Todavia, a decisão, plausível do ponto de vista metódico, do historiador que decide servir-se dos dados mais facilmente acessíveis dos textos da lei e de suas aplicações não deve induzir-nos a identificar o paradigma inscrito num determinado sistema jurídico com as representações de seus gestores profissionais. Quando não se consegue evitar esta identificação, parece que uma relação interdisciplinar com as ciências sociais é suficiente para se filtrar criticamente a função reguladora “das representações dos juízes, aqui sintetizadas no conceito ‘teoria’”, e desenvolver, a partir daí, uma compreensão paradigmática do direito com *pretensões teóricas*. Segundo esta linha de interpretação, o novo paradigma deve resultar de um esclarecimento jurídico e teórico-social das teorias “naturais” adotadas pelos juízes e estar em condições de assumir a forma de uma teoria

10 H. J. Steiner F. Kübler. “Privatrecht und Demokratie”, in F. Baur et al. (Eds.) *Festschrift für Ludwig Raiser*. Tübinga, 1974, 719.

–“como síntese de convicções comuns acerca do fluxo dos processos sociais, acerca dos padrões de expectativas e mecanismos de integração que constituem a comunidade”. Tal teoria teria “caráter de injunção, pois ela determinaria de que modo a lei é entendida e interpretada, e estabeleceria o local, a direção e a abrangência na qual o direito, fixado na forma de leis, pode ser completado e modificado através da doutrina e do direito dos juízes; isso equivale a dizer que (a teoria) carrega parte da responsabilidade pelo futuro da existência social”.¹¹

Kübler realça as vantagens metodológicas que a prática de decisão dos juízes pode obter dos paradigmas do direito, a saber: eles reduzem a complexidade que envolve a tarefa de decidir o caso particular de modo consistente e racional, isto é, à luz de um sistema de regras ordenado e coerente. Ele também percebe que a “teoria” exigida não serve somente ao auto-entendimento da profissão jurídica, mas também para preencher funções de legitimação nas relações entre os tribunais e seus clientes. No tocante às decisões do direito civil, que Kübler tem na mira, a “teoria” proposta tem que “esclarecer” as construções básicas “... a fim de chegar a um acordo sobre as condições de funcionamento da prática do direito privado”.¹² Neste ponto, porém, surgem dúvidas: será que a querela em torno do paradigma correto pode desenvolver-se apenas na forma de uma disputa entre especialistas, e será que o paradigma pode assumir a forma de uma teoria fundada na ciência do direito?

No entanto, mesmo aqueles que deslocam o foco da controvérsia dos tribunais, procurando assentá-lo na direção da população, ou seja, na direção da totalidade de seus clientes, também não conseguem fugir da unilateralidade. Neste sentido, L. M. Friedman defende uma tese com o seguinte teor: através da cultura do direito, ou seja, por intermédio de uma transformação da compreensão paradigmática do direito por parte da população inteira, a mudança estrutural da sociedade converte-se em mudança do próprio direito: “aqui a cultura jurídica tem a ver com as idéias, opiniões, valores e atitudes relativos ao direito, tal como se apresentam na cabeça das pessoas. Se pergun-

tardes: quais pessoas? a resposta será: qualquer tipo de pessoas, qualquer que seja o grupo e seu nível de generalidade”.¹³ Visto pelo ângulo desta sociologia do direito, a transformação da cultura e da consciência jurídica assume um caráter natural; no entanto, a proposta de Friedmann esquece que já é notória a concorrência entre os dois paradigmas que se tornaram problemáticos. E isso é consequência da mobilização do direito através de um legislador democrático, o qual não age num espaço vazio. Pois a força mobilizadora da legislação faz com que a população se lembre de que não é apenas cliente da administração e da jurisprudência, uma vez que representa um papel de autora e de público de cidadãos.

Na medida em que funcionam como uma espécie de pano de fundo não temático, os paradigmas jurídicos intervêm na consciência de todos os atores, dos cidadãos e dos clientes, do legislador, da justiça e da administração. E, com o esgotamento do paradigma do Estado social, vieram à tona problemas relevantes para os especialistas em direito, levando-os a pesquisar os modelos sociais inseridos no direito. As tentativas da doutrina jurídica visando superar a oposição entre Estado social e direito formal burguês, criando relações mais ou menos híbridas entre os dois modelos, promoveram, ou melhor, desencadearam uma compreensão reflexiva da constituição: e tão logo a constituição passou a ser entendida como um processo pretensioso de realização do direito, coloca-se a tarefa de situar historicamente esse projeto. A partir daí, todos os atores envolvidos ou afetados têm que imaginar como o conteúdo normativo do Estado democrático de direito pode ser explorado efetivamente no horizonte de tendências e estruturas sociais dadas. Ora, a disputa pela compreensão paradigmática correta de um sistema jurídico que se reflete como parte na totalidade de uma sociedade é, no fundo, uma disputa política. No Estado democrático de direito, esta disputa atinge todos os envolvidos, não podendo realizar-se apenas nas formas esotéricas de um discurso de especialistas, isolado da arena política. Pois, graças às suas prerrogativas de decisão e graças às suas experiências e conhecimentos profissionais, a justiça e a doutrina jurídica participam de modo privilegiado dessa

11 Kübler (1975), 51-52.

12 Kübler (1975), 60.

13 L. M. Friedman. “Transformations in American Legal Culture 1800-1985”, in *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 6 (1985), 191.

disputa pela melhor interpretação; porém elas não têm autoridade científica para impor uma compreensão da constituição, a ser assimilada pelo público dos cidadãos.

2

A origem dos autores até agora citados revela que a mudança de paradigmas foi discutida inicialmente no âmbito do direito privado. E isso não é fruto do acaso, especialmente na Alemanha. Pois aqui, no quadro da monarquia constitucional, o direito privado desenvolveu-se como um domínio da ciência jurídica e do direito aplicado pelos juízes. No decorrer do século XIX, portanto, até a codificação do código civil de 1900, o direito privado estruturou-se como um domínio jurídico sistematicamente fechado e autônomo, a salvo da força impregnadora de uma ordem constitucional democrática. Sob a premissa da separação entre Estado e sociedade, a estrutura doutrinária partia da idéia de que o direito privado, ao passar pela organização de uma sociedade econômica despolitizada e subtraída das intromissões do Estado, tinha que garantir o *status negativo* da liberdade de sujeitos de direito e, com isso, o princípio da liberdade jurídica; ao passo que o direito público, dada uma peculiar divisão de trabalho, estaria subordinado à esfera do Estado autoritário, a fim de manter sob controle a administração que operava sob reserva de intervenção e, ao mesmo tempo, garantir o *status* jurídico *positivo* das pessoas privadas mantendo a proteção do direito individual. A materialização do direito privado foi iniciada numa linha predominantemente autoritária, envolvendo deveres de proteção social; no entanto, a instauração da República de Weimar fez com que caíssem os fundamentos jurídico-constitucionais nos quais se apoiava a autarquia do direito privado; a partir de então, não era mais possível “opor o direito privado, tido como o reino da liberdade individual, ao direito público, tido como o campo de ação das imposições do Estado”.¹⁴ O fim da precedência material do direito privado face ao direito constitucional, que veio selar a dissolução concreta de uma “sociedade de direito privado” (F. Böhm), cristalizada ideologicamente, foi interpretado retrospectivamente pela doutrina do direito civil alemão como “submissão”

14 L. Raiser. *Die Zukunft des Privatrechts*. Berlim, 1971, 20.

do direito privado a princípios do direito público e como “destruição” do edifício autônomo de um sistema jurídico unitário.

O primado da constituição democrática sobre o direito privado significava que, daí para frente, o conteúdo normativo dos direitos fundamentais tinha que desenvolver-se através de um legislador ativo no âmbito do próprio direito privado: “O direito constitucional confere ao legislador do direito privado a tarefa de converter o conteúdo dos direitos fundamentais num direito imediatamente obrigatório para os envolvidos numa relação jurídica privada. Ele tem que estar atento às variadas modificações necessárias, quando os direitos fundamentais passam a ter influência sobre o direito privado”.¹⁵ E, após a Segunda Guerra mundial, quando esse processo foi acelerado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, as categorias tradicionais tornaram-se impotentes para traduzir as novas situações jurídicas: nem as queixas sobre a desintegração da ordem jurídica, nem as definições urdidas em regime de urgência conseguiram evitar isso. Isso serviu como pretexto para que uma doutrina do direito civil, colocada numa posição defensiva, pudesse refletir sobre o saber não-jurídico que serve de pano de fundo e que sempre acompanhou, sob a forma de premissas inquestionáveis, a divisão entre direito privado e público, agora estremecida.

A partir do século XIX, ocorreu uma mudança semelhante no direito em sociedades que seguem tradições jurídicas diferentes. Nestas também havia motivos para pesquisar a sobreposição e a substituição do modelo jurídico liberal pelo do Estado social, especialmente no direito privado.¹⁶ Parece que o Estado social constitui um desafio para o direito privado, mesmo em áreas onde não imperam as razões especiais do direito alemão. Veremos que as mudanças sociais havidas, e que provocaram a tomada de consciência acerca da mudança de paradigmas, nos obrigam a interpretar a relação entre autonomia privada e cidadã no âmbito de referências recíprocas e não mais num contexto de confronto. Essa tarefa, no entanto, faz

15 K. Hesse. *Verfassungsrecht und Privatrecht*. Heidelberg, 1988, 27.

16 Para os países anglo-saxões cf. P. S. Atiyah. *The Rise and Fall of Contract of Freedom*. Oxford, 1979; L. M. Friedman. *Total Justice*. Nova Iorque, 1985; Steiner (1987).

com que o direito civil, talhado conforme o *status* negativo dos sujeitos de direito, se veja confrontado com problemas maiores do que os que atingem o direito público, que naturalmente enfoca todos os aspectos do *status* civil. Pode-se estudar isso, acompanhando uma das primeiras tentativas destinadas a colocar ordem na situação confusa e intransparente provocada pelo direito privado e público no interior do próprio direito privado.

O direito privado clássico considerava a autodeterminação individual, no sentido da liberdade negativa de fazer ou não fazer o que se deseja, garantida suficientemente através dos direitos da pessoa e da proteção jurídica contra delitos, através da liberdade de contratos (especialmente para a troca de bens e de serviços), através do direito à propriedade, que incluía o direito de utilizar e de dispor, inclusive no caso de herança, e através da garantia institucional do casamento e da família. No entanto, tal situação modificou-se radicalmente com o surgimento de novas áreas do direito (como é o caso do direito econômico, social e do trabalho) e com a materialização do direito penal, do direito de contrato e do trabalho. Houve uma mistura e uma união de princípios que antes estavam subordinados ao direito privado ou ao público. Tudo indicava que o objetivo do direito privado não podia limitar-se à garantia da autodeterminação individual, devendo colocar-se também a serviço da realização da justiça social: *“Deste modo, no próprio direito privado, a garantia da existência dos parceiros do direito e a proteção do mais fraco são colocados no mesmo nível que a defesa de interesses particulares”*.¹⁷ Sob este ângulo, considerações de ética social infiltram-se em regiões do direito que até então se limitavam a garantir a autonomia privada. O ponto de vista da justiça social exige uma interpretação diferenciadora de relações jurídicas formalmente iguais, porém diferentes, do ponto de vista material, sendo que os mesmos institutos jurídicos preenchem funções sociais distintas.

Para colocar ordem nos domínios díspares do direito, L. Raiser tomou emprestados elementos da teoria sociológica dos papéis, passando a falar em “esferas” ou domínios de ação, cujo “teor público” é inversamente proporcional à intensidade da proteção jurídica individual acordada. A intensidade da proteção diminui, na medida em que o indivíduo, através de seu papel social, é envolvido em interde-

pendências sociais, ou seja, na medida em que seus espaços de opção passam a ser determinados através de grandes organizações e processos de sistemas sociais funcionais imunes a influências individuais: *“O direito público da polícia, dos funcionários, do trabalho, da indústria, me classifica de acordo com minha atividade, ao passo que, nas normas do direito privado, eu sou produtor ou consumidor, pai de família, dono de imóvel, membro de associação esportiva e de uma associação profissional, usuário do trânsito, com direitos e deveres específicos adequados a essas diferentes situações. Os institutos jurídicos do direito privado aí utilizados, tais como contrato, propriedade privada e posse, a qualidade de membro, a responsabilidade penal, podem ser os mesmos; todavia, sua função e avaliação jurídica se modificam conforme a situação típica e o conteúdo público da esfera em questão”*.¹⁸ Por isso, Raiser distingue entre uma esfera da vida rigorosamente privada (incluindo a esfera íntima do domicílio, da família e do casamento, o espaço de lazer e consumo, a vida social, etc.) e uma esfera privada, em sentido amplo, determinada por interesses de grupo tipificados. Aqui os indivíduos dependem, enquanto clientes, de condições de trabalho, de aluguel ou de empresas de abastecimento e de transporte. Ao passo que a esfera social é dominada por interações entre corporações de empresários, grandes organizações, associações, estruturas intermediárias de todo o tipo, que exercem influência sobre a decisão dos indivíduos através do exercício do poder econômico e social. Essa teoria das esferas, que também encontrou eco na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal,¹⁹ possui certo valor descritivo. Sua verdadeira intenção consiste em destacar o núcleo ético dos direitos privados subjetivos, servindo-se do conceito sociológico de esfera privada.

Inicialmente ligado ao direito privado clássico, o princípio da liberdade jurídica exige *“que se propicie ao indivíduo, no limite das possibilidades legais e concretas, elevado grau de liberdade que lhe permita fazer ou deixar de fazer o que lhe aprouver”*.²⁰ O princípio coincide com o direito universal do homem, formulado por Kant, ou

17 Hesse, (1988), 34.

18 Raiser, (1971), 29.

19 Alexy, (1985), 327-330.

20 Alexy, (1985), 317.

seja, o de dispor, na medida mais ampla possível, de iguais liberdades de ação subjetivas. Dado que os espaços de opção de sujeitos que agem livremente devem sofrer um mínimo de restrições por parte de mandamentos ou proibições, o princípio *garante* imediatamente os espaços de ação para a defesa de interesses individuais. Ao mesmo tempo, ele *possibilita* uma configuração autônoma da vida no sentido ético da concretização de um projeto de vida escolhido racionalmente, que caracteriza a “independência”, a “responsabilidade” e o “livre desenvolvimento” da personalidade. A liberdade positiva da pessoa ética concretiza-se na realização consciente de uma biografia individual e manifesta-se em esferas privadas onde as biografias dos membros de um mundo da vida, compartilhado intersubjetivamente, se entrelaçam no quadro de tradições comuns e no nível de interações simples. Por ser ética, esta liberdade não depende da regulação jurídica; ao mesmo tempo, porém, ela não é possível sem a liberdade jurídica. Noutras palavras, as liberdades clássicas do direito privado, tais como os direitos da personalidade, da proteção do indivíduo, os direitos de autonomia dos contratos e da propriedade privada, o direito privado das associações, protegem esta esfera íntima, onde a pessoa ética pode sair do casulo do sujeito de direito e documentar, de certa forma, o valor de uso, ético e metajurídico, da liberdade jurídica.²¹

Entretanto, o reconhecido poder fenomenológico da teoria das esferas é insuficiente para justificá-la, uma vez que simplifica demais os conjuntos complexos de funções da sociedade, traduzindo-os para um modelo espacial de esferas da vida, cujo “conteúdo público” é de difícil operacionalização. A verdadeira fraqueza da teoria consiste no fato de ela substituir critérios jurídicos para a

21 Sobre a distinção entre o conceito moral, jurídico e ético da pessoa, cf. R. Forst. *Kontexte der Gerechtigkeit*. Quando K. Hesse descreve o tipo de homem do qual “depende” a ordem constitucional da Lei Fundamental, também se apóia num conceito *metajurídico* de pessoa: “É o tipo de homem como ‘pessoa’: um ser com valor próprio, do qual não se pode dispor, determinado para o livre desenvolvimento, ao mesmo tempo referido e ligado à comunidade e, por isso, chamado a configurar responsavelmente a convivência humana”. Hesse, (1988), 43.

avaliação e divisão sistemática das várias áreas do direito por indicadores sociais vagos. Esse deslocamento provoca a impressão falsa de que o campo de validade do pensamento clássico acerca da autonomia privada foi *podado* pela pretensão de validade política de um pensamento concorrente, ou seja, o “*que partê da posição social do indivíduo e da sua responsabilidade social*”,²² em benefício de uma compreensão ética e social mais profunda da pessoa, a qual talvez não possa ser traduzida em categorias jurídicas. De fato, porém, as transformações ocorridas no direito privado são devidas a *mudanças nos paradigmas do direito*, que passam a entender a autonomia privada de modo diferente.

Uma vez que o mercado e a sociedade econômica não constituem uma esfera isenta de poder, como *se supõe* no modelo jurídico liberal, o princípio da liberdade jurídica, dadas as condições sociais modificadas no modelo do Estado social, só pode ser implantado através da materialização de direitos existentes ou da criação de novos tipos de direito. Não houve nenhuma mudança no pensamento acerca da autonomia privada, o qual se expressa através do direito a um máximo de liberdades de ação subjetivas iguais para todos. No entanto, modificaram-se os contextos sociais nos quais deve realizar-se harmoniosamente a autonomia privada de cada um. Junto com sua autonomia privada, o indivíduo recebe o *status* de sujeito de direito; no entanto, esse *status* não se apóia somente na proteção de uma esfera de vida privada em sentido sociológico, mesmo que aqui seja o lugar onde a liberdade jurídica pode *comprovar-se* como possibilidade de liberdade ética. Pois o *status* de um sujeito de direito livre e autônomo, no sentido do direito privado, é constituído através da totalidade dos direitos referidos à ação e ao estado, resultantes da configuração politicamente autônoma do princípio da liberdade jurídica – em qualquer esfera social. Por isso, o fato de privilegiar juridicamente um “domínio intocável de configuração da vida privada” significa apenas o seguinte: qualquer restrição feita a um caso particular nesse domínio requer razões especialmente importantes;²³ porém ela não significa que todos os direitos invo-

22 Raiser, (1971), 9.

23 Alexy, (1985), 329.

cáveis para uma configuração autônoma da vida privada se refiram à proteção de uma esfera privada caracterizada por pontos de vista éticos e só delimitável pela sociologia.

A restrição às liberdades fundamentais clássicas na esfera social, que se distingue tanto da esfera privada mais estreita, como da mais ampla, não deve ser atribuída à interferência de *outros* princípios jurídicos, tais como a justiça social ou a responsabilidade social. O que parece ser uma limitação constitui apenas a outra face da implantação de liberdades de ação subjetivas *iguais* para todos; pois a autonomia privada, no sentido desse direito universal à liberdade, implica um direito universal à igualdade, ou seja, mais precisamente, o direito ao tratamento igual conforme as normas que garantem a igualdade do conteúdo do direito. Se uma das partes sofrer, de fato, restrições com relação ao *status quo ante*, não se trata de restrições normativas derivadas do princípio da liberdade jurídica, e sim da eliminação dos privilégios incompatíveis com a distribuição igual de liberdades subjetivas, exigida por esse princípio.

3

O modelo do Estado social surgiu da crítica reformista ao direito formal burguês. Segundo este modelo, uma sociedade econômica, institucionalizada através do direito privado (principalmente através de direitos de propriedade e da liberdade de contratos), deveria ser desacoplada do Estado enquanto esfera de realização do bem comum e entregue à ação espontânea de mecanismos do mercado. Essa “sociedade de direito privado” era talhada conforme a autonomia dos sujeitos do direito, os quais, enquanto participantes do mercado, tentam encontrar a sua felicidade através da busca possivelmente racional de interesses próprios. A expectativa normativa, segundo a qual a delimitação de esferas de liberdade individual, ou seja, a garantia de um *status* jurídico negativo (com a pretensão a uma correspondente proteção jurídica individual), garante a instauração da justiça social, apoiava-se no entrelaçamento entre o princípio da liberdade jurídica e o direito geral à igualdade. Pois o direito *de cada um*, de fazer e de não fazer o que bem entender, no âmbito da lei, só pode ser preenchido, se essas leis garantirem tratamento igual no sentido de

uma igualdade do conteúdo jurídico. Parecia que este já estava garantido através da generalidade abstrata das leis do direito formal burguês, portanto, através da forma de programas jurídicos condicionais. De qualquer modo, essa forma de direito era típica para as normas de competência e de proibição do direito privado burguês (como também para os direitos público-subjetivos da administração ligada à lei). Entretanto, isso fez com que a esperança de realizar a justiça social através da configuração do direito privado e do princípio da liberdade jurídica dependesse implicitamente da criação de *condições* não discriminatórias *para a percepção fática* das liberdades que possibilitavam as normas do direito de contrato, de propriedade e de associação. Ela se apoiava em certas hipóteses da teoria da sociedade ou em suposições de fatos – em primeira linha, nas teorias relativas ao equilíbrio de processos econômicos organizados conforme o mercado (liberdade dos empresários e soberania dos consumidores), como também em hipóteses sociológicas acerca da ampla repartição das fortunas e numa distribuição aproximadamente igual do poder social, que deveriam garantir o exercício, com igualdade de chances, das competências definidas pelo direito privado. Ora, para que a liberdade do “poder ter e do poder adquirir” possa preencher expectativas de justiça, é necessário existir uma igualdade do “poder jurídico”.

De sorte que o modelo contratual do direito formal burguês revelou, desde o início, brechas que podiam ser atacadas por uma crítica empírica. Esta, no entanto, gerou uma prática reformista estéril, em termos de mudanças, limitando-se a configurar uma versão abstrata das premissas normativas. Ora, as condições de um capitalismo organizado, dependente de planejamento e de realizações de infra-estrutura por parte do Estado, bem como o aumento da desigualdade de posições do poder econômico, dos valores de capital e de situações sociais, manifestaram mais claramente o *conteúdo jurídico objetivo* dos direitos subjetivos privados. E, num contexto social tão modificado, o *status* negativo de sujeitos do direito não podia mais ser garantido apenas através do direito geral a liberdades subjetivas iguais. Por isso, tornou-se necessário especificar, de um lado, o conteúdo das normas do direito privado existente e, de outro, introduzir uma nova categoria de direitos fundamentais, capazes de incrementar pretensões a uma distribuição mais justa da riqueza produzida socialmente (e uma proteção

mais eficaz contra os perigos gerados pela própria sociedade). Do ponto de vista normativo, tanto a adaptação das liberdades existentes às exigências materiais, como a nova categoria de direitos a prestações sociais, são *fundamentadas de modo relativo*, ou seja, tendo em vista uma distribuição igual de liberdades de ação subjetivas protegidas pelo direito, a qual é fundamentada de modo absoluto. A materialização resulta do fato de “*que a liberdade de direito, portanto a permissão jurídica para fazer ou deixar de fazer algo, não possui nenhum valor sem a liberdade de fato, ou seja, sem a possibilidade concreta de escolher entre, aquilo que é permitido*”; ao passo que os direitos a prestações sociais se explicam pelo fato de “*que sob condições da moderna sociedade industrial, a liberdade concreta de grande número de titulares de direitos fundamentais não encontra seu substrato material num ‘espaço vital dominado’ por eles, ficando basicamente na dependência de atividades do Estado*”.²⁴ Além do mais, a constituição democrática cria um nexos entre o direito privado e o catálogo ampliado de direitos fundamentais, o qual obriga o legislador do direito privado e repercute na jurisprudência do tribunal constitucional (apoiado na doutrina segundo a qual os direitos fundamentais “*irradiam*” ou “*exercem influência sobre terceiros*”).²⁵

Transformações no terreno clássico do direito de propriedade e do direito contratual podem ser tomadas como exemplos típicos para a materialização do direito formal burguês. A garantia da propriedade, por exemplo, foi ampliada de tal maneira, que

passou a abranger, não somente a propriedade material, mas também os direitos subjetivos que implicam capital (tais como direitos à participação, à pensão); além disso, em várias áreas, os “sucedâneos publicitários da propriedade” assumiram a função do direito de propriedade, garantidor da liberdade; de outro lado, o vínculo social da propriedade diz respeito a todos os objetos que se encontram “numa relação social ou numa função social”, de tal modo que o efeito de garantia da propriedade, apoiada no direito fundamental, é “reduzido ao núcleo relativamente estreito daquilo que é individual e extremamente pessoal” (co-determinação, desapropriação e intervenções equivalentes, separação dos direitos de usufruto, etc.).²⁶ Para H. Bethge, a garantia da propriedade constitui simplesmente o direito à liberdade “cujo nexos explícito com a sociedade mais progrediu, não somente de modo negativo, mas também de modo ativo-positivo”.²⁷

A doutrina jurídica julga que certas modificações no direito contratual são dramáticas, pois caminham para uma objetivação das relações de troca (através de condições fáticas do contrato; através de cláusulas contratuais para assegurar provisões importantes; através da teoria da proteção da confiança, das doutrinas do erro motivacional e da violação positiva do contrato, principalmente através de controles do conteúdo e da efetivação do contrato; através de deveres correspondentes de informação, de conselho e de cuidado). Como no caso do direito de propriedade, aqui também o alvo declarado das regulações é a compensação de “fracassos do mercado” em benefício de detentores de posições mais fracas no mercado (trabalhadores, inquilinos, consumidores, etc.). Os fatos típicos da proteção da confiança, os auto-envolvimentos, as obrigações de prestação, etc., são concebidos como normas de proteção social. O direito contratual que aí se materializa não deixa mais a “correção” do conteúdo do contrato entregue à ficção da declaração livre da vontade e à liberdade de celebrar contratos. O “*direito de celebrar contratos é parte de um direito privado geral de compen-*

24 Alexy, (1985) 458-459.

25 J. Köndgen. *Selbstbindung ohne Vertrag*. Tübinga, 1981; Ch. Joerges. “Die Überarbeitung des BGB, die Sonderprivatrechte und die Unbestimmtheit des Rechts”, in *Kritische Justiz*, 1987, 166-182. Na República Federal da Alemanha, a “imposição” dos direitos fundamentais sobre o direito privado é interpretada, seja no sentido da ligação da ordem do direito civil às normas constitucionais do direito fundamental, portanto como uma congruência entre as normas do direito objetivo, seja no sentido de uma concretização, em nível do direito privado, dos direitos públicos subjetivos “carentes de preenchimento”. Cf. H. H. Rupp. *Vom Wandel der Grundrechte*”, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1976, 168ss.

26 H. J. Papier. *Eigentumsgarantie des Grundgesetzes im Wandel*. Heidelberg, 1984, 27.

27 H. Bethge. “Aktuelle Probleme der Grundrechtsdogmatik”, in *Der Staat*, 24, 1985, 369.

sação para saliências do sistema e para relações de dependência, o qual, não confiando mais na ficção da igualdade dos sujeitos que fecham um contrato, abre suas vantagens estruturais em termos de informação, poder e competência a uma análise empírica e à avaliação jurídica reguladora”.²⁸

Os desdobramentos jurídicos citados como exemplo, especialmente os que se iniciaram no caminho do exercício do direito, nos interessam, porque as premissas nas quais se apóiam traem uma percepção e uma interpretação modificada dos processos sociais. A vinculação social da propriedade, definida por lei, e a intervenção do juiz no conteúdo e na efetivação do contrato, visam compensar assimetrias nas posições do poder econômico.²⁹ Segundo o princípio da igualdade de chances para o exercício das liberdades jurídicas, este fim se justifica por dois caminhos: criticamente, em relação a um modelo social rejeitado (fracasso do mercado) e, construtivamente, em relação a um novo modelo, que é o do Estado do bem-estar social. Essa nova compreensão, que serve de pano de fundo, engloba dois aspectos: de um lado, surge a imagem de uma sociedade cada vez mais complexa, composta de esferas de ação funcionais, as quais forçam os atores individuais a assumir a posição marginal de “clientes”, entregando-os às contingências de operações sistêmicas independentes; de outro lado, existe a expectativa de que essas contingências venham a ser controladas normativamente através das operações reguladoras de um Estado social que intervém de modo preventivo ou reativo.

Tomando como exemplo a jurisprudência americana, no que diz respeito à responsabilidade por danos, H. J. Steiner comprovou que nos EUA existe uma mudança de paradigmas: “Esta mudança do direito civil não deve manifestar uma

mudança radical nas premissas políticas ou legais, e sim um movimento no âmago do pensamento liberal, que passa da visão e da ideologia de uma sociedade individualista, que privilegia o quadro de um Estado que facilita a atividade privada, para uma visão e ideologia de um Estado mais dirigista e redistribuidor, ou seja, um Estado do bem-estar social”.³⁰ A seguinte tabela contrapõe as duas combinações de características, à luz das quais os casos de responsabilidade por danos, na área das transações comerciais, eram descritos e, com isso, interpretados na visão liberal e continuam a ser descritos e interpretados na ótica das regulações do Estado do bem-estar social:

1 - único	1 - estatístico
2 - individual, pessoal	2 - categorial, impessoal
3 - concreto, anedótico	3 - generalizado, sem detalhes
4 - ocasional, casual	4 - recorrente, sistêmico
5 - conduta isolada	5 - parte de uma atividade
6 - imprevisível (nos detalhes)	6 - previsível (no conjunto)
7 - fatalismo	7 - manipulável, planejamento através de garantias e de regulamentação

Quando lemos a tabela de cima para baixo, constatamos a diferença dos padrões de interpretação como uma mudança de paradigmas, efetuada por um observador que passa do nível da ação para o do sistema: no lado esquerdo, o ator individual, em seu meio natural, contingente e oscilante, constitui o ponto de referência; a ele se atribui a liberdade de ação subjetiva, bem como a responsabilidade pelas consequências de suas decisões; no lado direito, o ponto de referência é dado por um sistema descrito em termos estatísticos, no qual as decisões duplamente contingentes das partes envolvidas, bem como as consequências daí decorrentes, são consideradas como variável dependente. Porém, se lermos a tabela no sentido inverso, de baixo para cima, podemos constatar a diferença dos modelos de interpretação como um deslocamento da perspectiva do ator: com efeito, na ótica do modelo de mercado liberal, a sociedade é resultado de

28 D. Hart “Soziale Steuerung durch Vertragsabschlusskontrolle”, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1986, 240-241.

29 Cf. a fundamentação interessante do Tribunal Constitucional Federal em sua resolução do dia 7/2/1990 (I BvR 26/84) relativa à demanda constitucional contra uma sentença do ((Bundesgerichtshof)), in *Juristenzeitung*, 1990, 691ss, especialmente 692.

30 Steiner, (1987), 9; cf. Köndgen, (1981), 19ss.

forças espontâneas, formando uma espécie de segunda natureza, subtraída à influência de atores individuais; ao passo que, na perspectiva do Estado regulador, que organiza a vida social, ela perde tal naturalidade. E, tão logo os estados do sistema variam além de uma certa medida de “tolerância social”, o Estado tem que contar com crises resultantes de uma regulamentação deficiente.

O modelo do Estado social aparece em duas versões principais, sendo que a primeira lhe confere ingenuamente um grande espaço de ação e de intervenção política numa sociedade colocada inteiramente à sua disposição; ao passo que a segunda o representa de modo mais realista, como um sistema entre muitos outros, devendo limitar-se a impulsos reguladores indiretos dentro de um pequeno espaço de ação. Porém, enquanto o laço normativo que prende as funções reguladoras do Estado aos direitos individuais em geral não for abandonado em benefício de “pretensões do sistema”, o modelo do Estado social conta, em ambas as versões, com a concorrência entre atores, representantes do Estado ou dominados por ele, que contestam reciprocamente seus espaços de ação. É possível afirmar que ele “adquire”, de certo modo, as qualidades de ator das agências do Estado, renunciando, em contrapartida, à autonomia dos atores individuais. Quer se trate do Estado intervencionista ativo ou do Estado supervisor irônico, parece que as capacidades de regulação social que lhes são atribuídas devem ser extraídas, na forma de uma autonomia privada reduzida, dos indivíduos enredados em suas dependências sistêmicas. Por este ângulo, existe um jogo de gangorra entre os sujeitos de ação públicos e privados: o aumento da competência de uns significa a perda de competência dos outros. Na linha do pensamento liberal, os sujeitos do direito privado, no quadro de suas liberdades distribuídas de modo igual, só encontravam um limite nas contingências da situação natural da sociedade; agora, porém, eles se chocam com os projetos paternalistas de uma vontade política superior, que domina essas contingências sociais através da regulação e da organização social, a fim de garantir a repartição igual das liberdades de ação subjetivas.

O paternalismo do Estado social suscitou uma questão inquietante: será que o novo paradigma é compatível com o princípio da liberdade jurídica? E a questão foi agudizada em vista das seqüelas surgidas na esteira da juridificação, as quais são colocadas

na conta do poder administrativo, que não é neutro e passa a ser tido como o *medium* das intervenções do Estado. Um Estado social providente, que distribui chances de vida, garantindo a cada um a base material para uma existência humana digna através do direito ao trabalho, à segurança, à saúde, à habitação, à educação, ao lazer, à constituição de um patrimônio e às condições naturais de vida, correria o risco de prejudicar, através de suas intervenções antecipadas, a própria autonomia que ele deve proteger, preenchendo os pressupostos fáticos de um aproveitamento, em igualdade de chances, das liberdades negativas. Por esta razão, H. H. Rupp volta-se contra aqueles que entendem os direitos a prestações sociais como “direitos de participação”: “Participação é o oposto de uma ‘livre disposição autônoma’; ela reduz a autodecisão individual, a auto-realização e a auto-responsabilidade à simples participação passiva do indivíduo em fragmentos do produto social geral e limita a ‘liberdade’ do indivíduo ao direito de tomar a parte que lhe cabe e de utilizá-la no sentido das instruções de uso. Essa interpretação no sentido da ‘participação’ ... não tem nada a ver com a garantia constitucional da emergência da liberdade pessoal”.³¹ É correto afirmar que o Estado do bem-estar social não deve *reduzir* a “garantia da emergência” da autonomia privada às realizações de seguro e providência por parte do Estado; e de nada adianta a evocação da “compreensão da liberdade do Ocidente liberal”. Pois a crítica fundamentada, dirigida à autocompreensão teórica do direito formal burguês, proíbe o retorno ao paradigma liberal do direito. De outro lado, as fraquezas do Estado do bem-estar social poderiam ser explicadas pelo fato de que ele ainda está muito preso a essa crítica e, deste modo, às premissas redutoras do direito privado.

Os dois paradigmas compartilham a imagem produtivista de uma sociedade econômica apoiada no capitalismo industrial, cujo funcionamento, segundo uma das interpretações, preenche a expectativa de justiça social através da defesa autônoma e privada de interesses próprios; segundo a outra interpretação, isso acarreta a destruição da expectativa de justiça social. Os dois paradigmas concentram-se nas implicações normativas do funcionamento social de um *status* nega-

31 Rupp, (1976), 180.

tivo protegido pelo direito e procuram saber se é suficiente garantir a autonomia privada através de direitos à liberdade ou se a *emergência* ou surgimento da autonomia privada tem que ser assegurada através da garantia de prestações sociais. Em ambos os casos, perde-se de vista o nexo interno que existe entre autonomia privada e autonomia do *cidadão* – e, com isso, o sentido democrático da auto-organização de uma comunidade jurídica. Entretanto, a disputa entre os dois paradigmas, que ainda perdura, limita-se à determinação dos pressupostos fáticos para o *status* de pessoas do direito em seu papel de destinatárias da ordem jurídica. Todavia, elas somente serão autônomas na medida em que puderem se entender também como autoras do direito, ao qual se submetem enquanto destinatárias.

Ao tratarmos da fundamentação do sistema dos direitos, descobrimos que a autonomia das pessoas privadas *remete* à legitimidade do direito e vice-versa. Sob as condições de uma compreensão pós-metafísica do mundo, só tem legitimidade o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos que possuem os mesmos direitos. Estes, por seu turno, só podem perceber, de maneira adequada, sua autonomia pública, garantida através de direitos de participação democráticos, na medida em que sua autonomia privada for assegurada. Uma autonomia privada assegurada serve como “garantia para a emergência” da autonomia pública, do mesmo modo que uma percepção adequada da autonomia pública serve como “garantia para a emergência” da privada. Esse complexo circular manifesta-se também na gênese do direito vigente. Pois o direito legítimo se reproduz no fluxo do poder regulado pelo Estado de direito, que se alimenta das comunicações de uma esfera pública política não transmitida por herança e enraizada nos núcleos privados do mundo da vida através de instituições da sociedade civil. Tal concepção de sociedade faz com que o fardo das expectativas normativas se desloque do nível das qualidades, competências e espaços da ação de *atores*, para o nível das *formas de comunicação*, no qual se desenrola o jogo da formação informal e não institucionalizada da opinião e da vontade. O jogo de gangorra entre os sujeitos de ação privados e estatais é substituído pelas formas de comunicação mais ou menos intactas das esferas privadas e públicas do mundo da vida, de um lado, e pelo sistema político, de outro lado.

Isso não significa que se possa prescindir das relações entre o direito e os atores; longe de se polarizar em sucedâneos sistêmicos anônimos do direito, todos os direitos se reduzem, em última instância, ao sistema de direitos que sujeitos de direito, livres e iguais, podem

atribuir-se mutuamente. A referência às condições comunicacionais, das quais emerge o poder político, bem como a referência às formas de comunicação, das quais depende a produção de direito legítimo e através das quais ele se reproduz, voltam-se para as estruturas abstratas de reconhecimento mútuo, as quais formam uma espécie de pele que recobre, através do direito legítimo, a sociedade em geral. Uma ordem jurídica *é* legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são co-originárias; ao mesmo tempo, porém, ela *deve* sua legitimidade a formas de comunicação nas quais essa autonomia pode manifestar-se e comprovar-se. A chave da visão procedimental do direito consiste nisso. Uma vez que a garantia da autonomia privada através do direito formal se revelou insuficiente e dado que a regulação social através do direito, ao invés de reconstituir a autonomia privada, se transformou numa ameaça para ela, só resta como saída tematizar o nexo existente entre formas de comunicação que, *ao emergirem*, garantem a autonomia pública e a privada.

II. A dialética entre igualdade de fato e de direito. O exemplo das políticas feministas que visam à igualdade entre os sexos

Até o momento, o paradigma procedimentalista do direito, que visa fornecer elementos para sair do impasse criado pelo modelo do Estado social, ainda não recebeu contornos bem definidos. Ele se apóia nas seguintes premissas: a) o caminho de volta, propalado pelo neoliberalismo através do mote “retorno da sociedade burguesa e de seu direito”,³² está obstruído; b) o apelo que nos incita a “redescobrir o indivíduo” é provocado por um tipo de juridificação no interior do Estado social, que impede reconstituir a autonomia privada;³³ c) o projeto do Estado social não pode ser simplesmente congelado ou

32 A conferência de E. J. Mestmäcker foi publicada com este título em: *Rechtshistorisches Journal*, 10, 1991, 177-184; cf. também D. J. Mestmäcker. “Der Kampf ums Recht in der offenen Gesellschaft”, in *Rechtstheorie*, 20, 1989, 273-283.

33 S. Simitis. “Wiederentdeckung des Individuums und arbeitsrechtliche Normen”, in *Sinzheimer Cahiers*, 2, 1991, 7-42.

interrompido: é preciso continuá-lo num nível de reflexão superior.³⁴ O que se tem em mente é domesticar o sistema econômico capitalista, “transformando-o”, social e ecologicamente, por um caminho que permita “refrear” o uso do poder administrativo, sob dois pontos de vista: o da eficácia, que lhe permita recorrer a formas mitigadas de regulação indireta, e o da legitimidade, que lhe permita retroligar-se ao poder comunicativo e imunizar-se contra o poder ilegítimo. Ora, quem afirma que esse caminho de realização do sistema dos direitos sob condições de uma sociedade complexa, que segue o paradigma procedimental do direito, privilegia uma determinada forma de direito, isto é, o direito reflexivo, do mesmo modo que o paradigma liberal e o do Estado social tinham privilegiado respectivamente o direito formal e o direito material, não está fazendo jus ao paradigma procedimental.³⁵ Pois a escolha da respectiva forma jurídica tem que continuar referida ao sentido original do sistema de direitos, que é o de assegurar *uno actu* a autonomia pública e privada das pessoas privadas, de tal modo que todo ato jurídico possa ser entendido como uma contribuição para a configuração política autônoma dos direitos fundamentais, ou seja, como elemento de um processo constituinte duradouro. Meu desejo é tornar mais precisa essa compreensão que serve de pano de fundo; por isso, considero importante abordar alguns dilemas que envolvem os direitos privados no âmbito do Estado do bem-estar social.³⁶

34 J. Habermas. *Die neue Unübersichtlichkeit*. Frankfurt/M., 1985, 157ss.

35 G. Teubner. “Substantive and Reflexive Elements in Modern Law”, in *Modern Law Review*, 17, 1983, 239ss. *id.* “Regulatorisches Recht: Chronik eines angekündigten Todes”, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 54, 1990, 140-161; E. Rehbinder. “Reflexives Recht und Praxis”, in *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, vol. XII, 1988, 109-129.

36 G. Teubner (ed.). *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlim, 1986.

Do ponto de vista do direito privado, há vários caminhos que permitem superar o paternalismo do Estado social. Uma linha teórica chama a atenção para a possibilidade de demandar direitos subjetivos. Ela parte da constatação de que o direito materializado, devido às suas relações complexas com situações sociais típicas, exige das partes envolvidas no conflito um nível elevado de competência.³⁷ Os direitos só se tornam socialmente eficazes, quando os atingidos são suficientemente informados e capazes de atualizar, em casos específicos, a proteção do direito garantida através de direitos fundamentais de justiça. A competência de mobilizar o direito depende, em geral, do grau de escolaridade, da procedência social e de outras variáveis (tais como sexo, idade, experiência em processos, tipo de relação social envolvida no conflito, etc.). E a utilização do direito materializado levanta enormes barreiras, exigindo do leigo que decomponha seus problemas cotidianos (do trabalho, lazer e consumo, moradia, doença, etc.) em construções jurídicas muito especializadas, abstraídas dos contextos da experiência do mundo da vida. Daí a necessidade de uma política compensatória de proteção jurídica, capaz de fortalecer o conhecimento do direito, a capacidade de percepção, de articulação e de imposição por parte de clientes carentes de proteção. O contrapoder dos interesses sociais pode ser reforçado através da *coletivização da imposição do direito*, isto é, através de medidas convencionais, tais como seguro de proteção jurídica, assunção dos custos dos processos, etc. O instrumento de demanda em nome de uma associação ou de uma comunidade, bem como a criação de mediadores, de postos de arbitragem, etc., pode aliviar clientes impotentes e sobrecarregados; seria preciso, no entanto, que a proteção jurídica coletiva não se resumisse a aliviar o indivíduo através de uma representação competente, mas o *engajassem* na percepção organizada, na articulação e na imposição de seus próprios interesses. Se se quiser impedir que a tutela por parte do Estado social se alastre ainda mais por este caminho, é necessário que a pessoa envolvida experimente a organização da proteção do direito como um processo político e que *ela mesma*

37 Sobre o direito relativo à responsabilidade cf. G. Brüggeheimer. “Justizielle Schutzpolitik de lege lata”, in G. Brüggeheimer, D. Hart. *Soziales Schuldrecht*. Bremen, 1987, 7-41.

participe na construção do contrapoder articulando os interesses sociais. A colaboração no processo de realização do direito cria um laço entre o *status* positivo do direito, valorizado em termos coletivos, e o *status* de cidadão ativo. P. Häberle ampliou o sentido democrático-procedimental da participação no processo, estendendo-o aos direitos a prestações sociais em geral. Ele aposta suas fichas na configuração de um *status activus processualis*.³⁸ Esta proposta, destinada a corrigir a teoria de Jellinek relativa ao *status* jurídico, chama a atenção para o nexo interno entre autonomia privada e pública, porém sobrecarrega o direito processual, transformando-o no substituto de uma teoria da democracia.

A escola que se formou em torno das propostas de R. Wiethölter³⁹ procura enfrentar de outro modo os prejuízos infligidos ao *status* da liberdade negativa pela implantação do direito materializado, obedecendo a fins de regulação do Estado social. Aqui também se propõem processos e organizações para fortalecer o *status* do direito positivo do indivíduo, porém não mais pelo caminho da imposição coletiva do direito, e sim através de modos de *formação cooperativa da vontade*. Para chegar à constitucionalização interna de domínios de ação, o legislador deve colocar à disposição processos e formas de organização que tornam os afetados aptos a resolver seus conflitos e pendências segundo o modelo de instâncias de arbitragem e de autogestão. Esse modelo parece substituir ou ampliar a autonomia privada do indivíduo através da *autonomia social de participantes num processo*. Sob este ângulo, E. Schmidt constata que o direito “procedimental” vem “sobrepor-se” ao direito materializado: “A era do apogeu da autonomia privada podia ser referida à necessidade de desenvolvimento de uma burguesia confiante nas forças de auto-regulação da livre concorrência econômica; e as conseqüentes aspirações

de uma fixação dos conteúdos dos atos de distribuição resultavam essencialmente da tentativa de administrar os interesses daqueles que eram excluídos deste modelo; enquanto hoje nos encontramos numa situação que se caracteriza cada vez menos por um antagonismo de classes, tornando-se perceptível, ao invés disso, uma dependência recíproca cada vez maior entre as diferentes camadas”. Segundo ele, a crescente interdependência entre os sistemas de ação “vem acompanhada de uma capacidade de articulação cada vez maior dos envolvidos”: “Tal capacidade – e esta é a novidade – não se desenvolve individualmente, porém solidariamente. Na esfera da produção, basta apontar para o movimento dos sindicatos. Neste campo nos acostumamos, há muito tempo, com a idéia de que as necessidades de proteção e de salário não são praticadas individualmente nem reguladas pelo Estado... O fato de as convenções tarifárias terem condições de criar direito obrigatório pode ilustrar o primado que aqui se atribui à autonomia social, a qual é colocada acima da determinação heterônoma do Estado”.⁴⁰

Convém ressaltar, no entanto, que o conceito de autonomia social – e o de *status* ativo do processo – colocam precipitadamente a autonomia pública e privada sob um mesmo denominador. A autonomia tarifária constitui certamente um bom exemplo de constitucionalização interna de um sistema de ação não-estatal, especializado na superação de conflitos; e o exemplo também comprova de que modo o *status* positivo do direito pode ser configurado por membros de associações detentoras de direitos quase-políticos de participação e equiparado ao *status* ativo de cidadãos. Todavia, essa autonomia tarifária também fornece exemplos para o solapamento da autodeterminação individual através de competências reguladoras da autonomia coletiva. A disposição do legislador em transferir para signatários de convenções tarifárias autorizações para criar direito, limitando-se a tarefas complementares, não significa que o trabalhador individual vai ter *automaticamente* um ganho em termos de autonomia. S. Simitis, tendo em vista os limites de idade definidos rigidamente em função do sexo, as normas de proteção do trabalho das mulheres, as regulamentações do trabalho em tempo parcial e a proteção de dados nas empresas, as determinações da segurança do trabalho e, em

38 P. Häberle, (1978).

39 R. Wiethölter. “Proceduralization of the Category of Law”, in Ch. Joerges, D. M. Trubek (eds.). *Critical Legal Thought*. Baden-Baden, 1989, 501-510; Ch. Joerges. “Politische Rechtstheorie und Critical Legal Studies”, *ibid.*, 597-644; cf. também G. Grügemeier. “Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung”, in *Rechtstheorie*, 8, 1982, 60-73.

40 “E. Schmidt. “Von der Privat- zur Sozialautonomie”, in *Juristenzeitung*, 35, 1980, 158.

geral, a configuração jurídica da assim chamada “relação normal de trabalho”, demonstrou que os instrumentos do acordo empresarial e do contrato tarifário – do mesmo modo que o direito do trabalho decidido pelo legislador político – conseguem satisfazer a pretensões sociais, porém ao custo de fortes esquematizações e de limitações ao comportamento. Ou seja, tais normas podem ter o efeito de *normalizações que limitam a liberdade*. Assim, por exemplo, ao invés de engajar os próprios envolvidos na interpretação, diferenciação ou modificação dos papéis tradicionais, elas limitam a configuração privada autônoma dos favorecidos, prescrevendo a continuidade desses papéis: “A lei e o contrato tarifário não constroem a ponte para a autodeterminação do assalariado; ao contrário, eles institucionalizam a determinação heterônoma do trabalhador individual, visando protegê-lo. Enquanto a lei e o contrato tarifário considerarem o assalariado como parte de uma coletividade, e não como indivíduo, não conseguirão preencher sua tarefa, que é a de estabelecer exigências capazes de opor-se às conseqüências derivadas da dependência em relação ao local do trabalho. Como conseqüência, a lei e o contrato tarifário abrem as portas para uma *colonização do comportamento dos assalariados*, que no início mal é percebida, mas que, a seguir, se alastra e se consolida”.⁴¹ A constitucionalização interna da relação de trabalho não significa *per se* um ganho em autonomia: “tanto no caso de determinações legais, como no de contratos coletivos, os acordos entre indivíduos são sempre postos de lado em benefício de uma regulamentação que não se orienta pelas expectativas do assalariado individual, mas pela situação de um grupo específico de assalariados, ou da classe operária em geral”.⁴²

Simitis não quer ser naturalmente o advogado de um neocontratualismo retrógrado; pois as causas que levaram às regulamentações do Estado social⁴³ não se eliminam simplesmente através de desregulamentações. Porém tais análises e semelhantes chamam a aten-

41 Simitis, (1991), 11 (sublinhado por mim); cf. também, *id.* Zur Verechthlichung der Arbeitsbeziehungen”, in Kübler, (1984), 73-166.

42 Simitis, (1991), 10.

43 S. Simitis. “Selbstbestimmung: Illusorisches Projekt oder reale Chance?”, in J. Rüsen et al. *Die Zukunft der Aufklärung*. Frankfurt/M.,

ção para problemas que envolvem a igualdade de posição e de tratamento que não são resolvidos *per se* pela implantação efetiva de direitos processuais existentes ou pela introdução de novos. A relação correta entre igualdade de direito e de fato não pode ser determinada apenas tendo em vista os direitos subjetivos privados. Quando se admite que a autonomia privada e a pública são co-originaárias, essa relação só pode ser determinada, *em última instância*, pelos cidadãos.

2

A teoria do discurso explica a legitimidade do direito com o auxílio de processos e pressupostos da comunicação – que são institucionalizados juridicamente – os quais permitem levantar a suposição de que os processos de criação e de aplicação do direito levam a resultados racionais. Do ponto de vista do conteúdo, as normas emitidas pelo legislador político e os direitos reconhecidos pela justiça são racionais pelo fato de os destinatários serem tratados como membros livres e iguais de uma comunidade de sujeitos de direito, ou seja, em síntese: sua racionalidade resulta do tratamento igual das pessoas jurídicas protegidas em sua integridade. Esta conseqüência se expressa juridicamente através da exigência da igualdade de tratamento, a qual inclui a igualdade da aplicação do direito, isto é, a igualdade das pessoas *perante a lei*; mas equivale também ao princípio amplo da igualdade do conteúdo do direito, segundo a qual aquilo que é igual sob aspectos relevantes deve ser tratado de modo igual e aquilo que não é igual deve ser tratado de modo não-igual. No entanto, é necessário fundamentar aquilo que pode ser tido como *aspecto relevante*. Por isso, Alexy interpreta a proposição da igualdade no sentido de uma regra do peso da argumentação (para discursos

1988, 177: “A intervenção não foi produto do arbítrio ou do acaso; por isso, não pode ser anulada sem mais nem menos”. Cf. também I. Maus. “Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen”, in G. Göhler (ed.). *Grundfragen der Theorie politischer Institutionen*. Opladen, 1987, 132-172.

de fundamentação e de aplicação).⁴⁴ Os argumentos, ou são por si mesmos de natureza normativa ou se apóiam noutros argumentos normativos. Eles podem ser tidos como bons argumentos ou como argumentos “que possuem peso”, quando “contam” entre as condições do discurso e são aceitáveis, em última instância, pelo público dos cidadãos enquanto autores da ordem jurídica. O direito legítimo fecha, pois, o círculo entre a autonomia privada de seus destinatários, tratados de modo igual, e a autonomia pública dos cidadãos, os quais têm que decidir (em última instância) e enquanto autores da ordem jurídica, iguais em direitos, sobre os critérios da igualdade de tratamento.

Esses critérios não são indiferentes em relação aos limites que é preciso estabelecer entre os espaços da autonomia privada e pública. Pode-se interpretar a querela histórica que opõe os paradigmas jurídicos do liberalismo e do Estado social como uma disputa sobre essa demarcação e, deste modo, sobre os respectivos critérios da igualdade de tratamento. Entrementes, ao tornar-se reflexiva, essa disputa pôs fim à predominância natural de qualquer um desses paradigmas. Por isso, é preciso decidir caso a caso, se e em que condições o tratamento jurídico igual das pessoas, privada e publicamente autônomas, exige uma equiparação fática. O paradigma jurídico procedimentalista coloca em relevo esse duplo aspecto da relação normativa entre igualdade de direito e de fato, de um lado, e a autonomia privada e pública, de outro – e caracteriza as arenas nas quais deve desenrolar-se discursivamente a disputa política acerca dos critérios controversos da igualdade de tratamento, sempre que se pretende que o fluxo do poder do sistema político siga na direção do Estado de direito.

A crítica do Estado social contra o direito formal burguês concentra-se na dialética que opõe entre si a liberdade de direito e a liberdade de fato dos *destinatários* do direito, portanto, em primeira linha, na implantação de direitos sociais fundamentais. A liberdade de fato mede-se pelas conseqüências sociais observáveis que atingem os envolvidos, resultantes das regulamentações jurídicas, ao passo que a

igualdade de direito refere-se à sua competência em decidir livremente, no quadro das leis, segundo preferências próprias. O princípio da liberdade de direito gera desigualdades fáticas, pois, permite o uso diferenciado dos mesmos direitos por parte de sujeitos diferentes; com isso, ele preenche os pressupostos jurídico-subjetivos para uma configuração autônoma e privada da vida. Nesta medida, a igualdade de direito não pode coincidir com a igualdade de fato. De outro lado, essas desigualdades opõem-se ao mandamento da igualdade de tratamento jurídico, pois discriminam determinadas pessoas ou grupos, prejudicando realmente as chances para o aproveitamento de liberdades de ação subjetivas, distribuídas por igual. As compensações do Estado do bem-estar social criam a igualdade de chances, as quais permitem fazer uso simétrico das competências de ação asseguradas; por isso, a compensação das perdas em situações de vida concretamente desiguais, e de posições de poder, serve à realização da igualdade de direito. Nesta medida, a dialética entre igualdade de direito e de fato transformou-se num dos motores do desenvolvimento do direito sem ressalvas do ponto de vista normativo.

No entanto, essa relação se transforma num dilema, quando as regulamentações do Estado do bem-estar social, destinadas a garantir, sob o ponto de vista da igualdade do direito, uma igualdade de fato a situações de vida e posições de poder, só conseguem atingir esse objetivo em condições ou com a ajuda de meios que *reduzem* significativamente os espaços para a configuração de uma vida privada autônoma dos presumíveis beneficiários. Por isso Simitis, apoiando-se nos exemplos citados, esclareceu o ponto crítico “*a partir do qual o possível ganho em termos de uma competência de ação material se transforma numa nova dependência*”.⁴⁵ Nos casos críticos, trata-se sempre do mesmo

44 Alexy, (1985), 370,372: “Quando não existe razão suficiente para que seja permitido um tratamento diferenciado, então se impõe o tratamento igual”, ou melhor: “Quando existe uma razão suficiente para a permissão de um tratamento diferente, então se exige um tratamento diferente”.

45 Simitis, (1988), 193; cf. também os desdobramentos no direito da família, os quais levam o autor a concluir: “Do reconhecimento da individualidade de todos os membros da família, bem como da independência de seus interesses não resulta a necessidade de desenvolver um sistema de intervenção detalhado, referido à realização de idéias pedagógicas precisas ... Qualquer regulamentação jurídica tem que orientar-se, ao invés disso, pelo significado que a família atribui à interação, para o desenvolvimento de seus membros, por conseguinte, tem que encontrar o seu ponto de partida na dinâmica

fenômeno, ou seja, o de que a realização das condições fáticas para a percepção simétrica de liberdades de ação subjetivas modifica de tal modo as situações de vida e as posições de poder, que a compensação de desvantagens situacionais culmina em certas tutelas, que transformam a almejada *autorização* para o uso da liberdade em *assistência*: é o caso de regulamentações do direito familiar ou do direito trabalhista, que *obrigam* os assalariados e membros da família a regular seu comportamento por um tipo de contrato de trabalho “normal” ou por um modelo de socialização exemplar; são também os casos nos quais os beneficiários obtêm ou *compram* compensações sofrendo, porém, as intervenções normalizadoras, por exemplo, do juizado de menores, do ministério do trabalho, do serviço social, das agências de habitação ou as intervenções das decisões dos tribunais; são, finalmente, os casos em que a proteção jurídica coletiva, a liberdade de coalizão, etc., asseguram uma representação eficaz dos interesses, porém às custas da liberdade de decisão dos membros de organizações condenados à adaptação e à obediência passiva.

O direito social revela que o direito materializado no Estado social é ambivalente, propiciando e, ao mesmo tempo, retirando a liberdade, o que se explica através da dialética entre liberdade de direito e de fato, a qual resulta da estrutura do processo de juridificação.⁴⁶ Porém é prematuro caracterizar esta estrutura como um dilema.⁴⁷ Pois os critérios que permitem identificar o ponto onde a

da família ... O abandono da idéia, segundo a qual a família constitui uma unidade harmônica ... não coloca necessariamente nas mãos de instâncias alheias à família a competência para tomar decisões de conteúdo. Sua intervenção não pode modificar o direito e a obrigação que os membros da família têm de decidir por si mesmos como desejam configurar as relações que mantêm entre si ... A tentativa de preservar os envolvidos de sobrecargas que colocam em risco ou tornam impossível sua autodeterminação ou a comunicação não deve servir para expô-los mais ainda a influências reguladoras” (ibid., 184-185).

46 H. F. Zacher. “Verrechtlichung im Bereich des Sozialen”, in Kübler, (1984), p. 14-72.

47 Como aconteceu em: Habermas, (1981), vol. 2, 530-547; a distinção aí sugerida entre direito como instituição e direito como *medium*, a qual contrapõe as normas jurídicas socialmente

previdência autorizadora do Estado social se transforma em previdência tutelar dependem do contexto e podem ser contestados, porém não por serem arbitrários.

Nesses critérios manifesta-se uma clara intuição normativa, que é interpretada de várias maneiras pelas diferentes culturas políticas, tendo em vista as situações cambiantes da sociedade. Segundo a teoria do discurso, o direito positivo, por depender das resoluções adotadas por um legislador, tem que distinguir, na autonomia das pessoas jurídicas, uma autonomia privada e uma pública, as quais se encontram numa relação complementar, permitindo que os destinatários do direito estabelecido possam entender-se, ao mesmo tempo, como autores que criam o direito. Trata-se de elementos que dependem, essencialmente, um do outro como elementos complementares. E essa referência recíproca pode ser tomada como uma medida intuitiva para avaliar se uma regulamentação promove ou prejudica a autonomia. Segundo esta medida, os cidadãos, ao darem-se conta de sua autonomia pública, têm que estabelecer os limites da autonomia privada, a qual qualifica as pessoas privadas para o seu papel de cidadãos. Pois o complexo comunicacional de uma esfera pública, composta de pessoas privadas recrutadas da sociedade civil, depende das contribuições espontâneas de um mundo da vida cujos núcleos privados permanecem intactos. A intuição normativa, segundo a qual a autonomia privada e a pública pressupõem-se mutuamente, informa a disputa pública sobre os critérios que devem dirigir os pressupostos fáticos da igualdade jurídica. Por estes critérios também é possível saber quando uma regulamentação é discriminadora no sentido do direito formal e quando é paternalista no sentido do Estado social. Um programa jurídico é discriminador, quando não leva em conta as limitações da liberdade derivadas de desigualdades fáticas; ou paternalista, quando não leva em conta as limitações da liberdade que acompanham as compensações oferecidas pelo Estado, tendo em vista essas desigualdades.

A garantia de pretensões à participação no sentido da segurança social (e da proteção contra os perigos ecológicos ou técnico-científicos) é fundamentada de modo relativo; ela permanece referida à con-

integradoras à regulação política, não se sustenta. Cf. sobre isso K. Tuori, “Discourse Ethics and the Legitimacy of Law”, in *Ratio Juris*, 2, 1989, 125-143.

cessão da autodeterminação individual como condição necessária para a autodeterminação política. Neste sentido, U. Press justifica os direitos às prestações do Estado do bem-estar social com o objetivo de garantir aos sujeitos privados um *status* autônomo: “O ponto de partida último da qualificação ao título de cidadão é (hoje em dia) a liberdade igual de cada cidadão, independentemente de seus dons naturais, capacidades ou qualidades de realização ... Não apenas o indivíduo está interessado nisso ..., porém a sociedade democrática como um todo não sobreviverá, se as decisões tomadas pelas pessoas não tiverem uma certa qualidade, que pode ser definida de várias maneiras. Através disso, ela também está interessada na qualificação dos cidadãos: em seu poder de informação, em sua capacidade de refletir e de levar em conta as conseqüências de decisões politicamente relevantes, em sua vontade de formular e impor interesses levando em conta os interesses de seus concidadãos e das gerações futuras, numa palavra, ela está interessada em sua ‘competência comunicativa’ ... A distribuição desigual de bens vitais diminui a qualificação dos cidadãos e, com isso, a possível racionalidade das decisões coletivas. Por esta razão, uma política que compensa a distribuição desigual dos bens disponíveis numa sociedade pode ser justificada como ‘política de qualificação dos cidadãos’”.⁴⁸ Essa interpretação não pode, evidentemente, culminar numa funcionalização⁴⁹ de todos os direitos fundamentais para o processo democrático.

48 U. Press. “Verfassungstheoretische Überlegungen zur normativen Begründung des Wohlfahrtsstaates”, in Ch. Sachsse et al. (eds.). *Sicherheit und Freiheit*. Frankfurt/M., 1990, 125-126.

49 E. Böckenförde caracteriza tal “teoria democrático-funcional dos direitos fundamentais” através da seguinte proposição: “Os direitos fundamentais obtêm o seu sentido e seu significado enquanto fatores constituintes de um processo livre ... de formação democrática da vontade”, in E. Böckenförde. *Staat, Gesellschaft, Freiheit*. Frankfurt/M., 1976, 235.

O paradigma do direito centrado no Estado social gira em torno do problema da distribuição justa das chances de vida geradas socialmente. No entanto, ao reduzir a justiça à justiça distributiva, ele não consegue atingir o sentido dos direitos legítimos que garantem a liberdade, pois o sistema dos direitos apenas interpreta aquilo que os participantes da prática de auto-organização de uma sociedade de parceiros do direito, livres e iguais, têm que pressupor implicitamente. A idéia de uma sociedade justa implica a promessa de emancipação e de dignidade humana. Pois o aspecto distributivo da igualdade de *status* e de tratamento, garantido pelo direito, resulta do sentido universalista do direito, que deve garantir a liberdade e a integridade de cada um. Por isso, na sua respectiva comunidade jurídica, *ninguém* é livre enquanto a sua liberdade implicar a opressão do outro. Pois a distribuição simétrica dos direitos resulta do reconhecimento de todos como membros livres e iguais. Esse aspecto do respeito igual alimenta a pretensão dos sujeitos a iguais direitos. O erro do paradigma jurídico liberal consiste em reduzir a justiça a uma distribuição igual de direitos, isto é, em assimilar direitos a bens que podem ser possuídos e distribuídos. No entanto, os direitos não são bens coletivos consumíveis comunitariamente, pois só podemos “gozá-los” *exercitando-os*. Ao passo que a autodeterminação individual constitui-se através do exercício de direitos que se deduzem de normas *produzidas legitimamente*. Por isso, a distribuição eqüitativa de direitos subjetivos não pode ser dissociada da autonomia pública dos cidadãos, a ser exercitada em comum, na medida em que participam da prática de legislação.

O paradigma do direito liberal e o do Estado social cometem o mesmo erro, ou seja, entendem a constituição jurídica da liberdade como “distribuição” e a equiparam ao modelo da repartição igual de bens adquiridos ou recebidos. Iris M. Young criticou, de maneira convincente, esse erro: “O que significa distribuir um direito? Pode-se afirmar que alguém tem direito a uma parte distributiva de coisas materiais, de fontes e de proventos. Porém, nesses casos, o que se distribui é o bem, não o direito ... Não vale a pena conceber os direitos como se fossem posses. Pois os direitos são relações, não coisas; constituem papéis definidos institucionalmente a fim de especificar o que as pessoas podem fazer umas em relação às outras. Os direitos têm a ver com o fazer, mais do que com o ter, portanto, com relações

sociais que autorizam a ação ou a exigem à força”.⁵⁰ Injustiça significa primariamente limitação da liberdade e atentado à dignidade humana. Ela pode, todavia, manifestar-se através de um prejuízo que priva os “oprimidos” e “submetidos” daquilo que os capacita a exercer sua autonomia privada e pública: “A justiça não deveria referir-se somente à distribuição, mas também às condições institucionais necessárias ao desenvolvimento e ao exercício das capacidades individuais, da comunicação e da cooperação coletiva. No quadro de tal concepção da justiça, a injustiça refere-se, em primeiro lugar, a duas formas inválidas de imposição: a opressão e a dominação. Se tais imposições incluem modelos distributivos, elas também incluem matérias que não seriam facilmente assimiladas à lógica da distribuição, a saber, os procedimentos de decisão, a divisão do trabalho e a cultura”.⁵¹

O fato de essa crítica estar de acordo com uma *teoria feminista do direito*, que se distancia do paradigma do direito desenvolvido pelo Estado social, não é mero acaso. Pois a discussão feminista, especialmente a que avançou nos EUA, trata de desdobramentos jurídicos nos quais se agudiza a dialética entre igualdade de direito e igualdade de fato. Os problemas da igualdade de tratamento entre homem e mulher levam a tomar consciência de que as pretendidas autorizações não podem ser entendidas apenas como favores dispensados pelo Estado social no sentido de uma participação social justa. Os direitos podem autorizar as mulheres a uma configuração autônoma e privada da vida, porém somente na medida em que eles possibilitarem, ao mesmo tempo, uma participação, em igualdade de direitos, na prática de autodeterminação de cidadãos, pois somente os envolvidos são capazes de esclarecer os “pontos de vista relevantes” em termos de igualdade e de desigualdade. O feminismo insiste no sentido emancipatório da igualdade de tratamento jurídico, porque se volta contra estruturas de dependência encobertas pelo “paradigma distributivo” do Estado de bem-estar social: “A dominação reside nas condições institucionais que impedem as pessoas de participar na determinação de suas próprias ações ou na definição das condições nas quais elas acontecem. A

sociedade capitalista do Estado do bem-estar social cria formas novas de dominação. De mais a mais, as atividades do trabalho e da vida de todos os dias são submetidas a um controle burocrático racionalizado que, em vários domínios da vida, submete as pessoas à disciplina de especialistas e de autoridades”.⁵² Enquanto essas dependências colonizadoras não forem superadas, a política da “discriminação através de favorecimento” caminha numa direção falsa, por melhores que sejam suas intenções; pois ela oprime as vozes daquelas que são as únicas capazes de enunciar as razões relevantes para a igualdade ou desigualdade de tratamento.⁵³

Tomo como ponto de partida a Carta Feminista, promulgada em 1977, em Houston, Texas, por 2000 delegados oriundos de sociedades, etnias e regiões diferentes. Observando esse catálogo de exigências⁵⁴ sob pontos de vista da teoria do direito, pode-se reconhecer as camadas históricas das pretensões ainda *não satisfeitas* do movimento feminista. As reivindicações liberais pretendem, de um lado, uma inclusão maior das mulheres nos sistemas de ação social (abolição de toda discriminação sexual nos domínios da educação e do emprego; maior representação das mulheres em funções públicas eletivas e designadas) e, de outro lado, a concretização de direitos fundamentais em domínios sociais que podem ser tidos como novas esferas “de relações especiais de poder” (ajuda do governo às mulheres derrotadas e às que arcam sozinhas com a educação dos filhos, revisão do direito criminal e

50 I. M. Young, *Justice and the Politics of Difference*. Princeton, 1990, 25.

51 Young, (1990), 39.

52 Young, (1990), 76.

53 O princípio da teoria do poder inserido na teoria do direito feminista é mais vantajoso do que os princípios da teoria da distribuição, pois, ao caracterizar o sentido emancipatório da igualdade de direitos, leva em conta também a autonomia do indivíduo e dos parceiros do direito reunidos, como núcleo do sistema de direitos. Deve-se notar, contudo, que ele às vezes tende a estilizar os sexos como unidades monolíticas, do mesmo modo que o marxismo ortodoxo tinha objetivado as classes sociais, transformando-as em macrossujeitos. A pesquisa de C. A. MacKinnon (*Towards a Feminist Theory of the State*. Cambridge, Mass., 1989), apesar de muito instrutiva, não fica totalmente imune a essa tendência.

54 D. L. Rhode. *Justice and Gender*. Cambridge, Mass., 1989, 61-62.

familiar concernente à ajuda aos cônjuges) que resultam de fatos novos (liberdade de reprodução, pornografia, atividade homossexual consensual, etc.). Ao lado disso, existem reivindicações típicas do Estado de bem-estar social: um nível de vida apropriado a todos os indivíduos, incluindo as rendas, para indigentes e com filhos dependentes, estipuladas como salário e não como assistência; serviços públicos de ajuda à infância, acessíveis às famílias de todos os níveis de renda, oferecendo aos pais oportunidades adequadas de participação. A última proposição é fruto de experiências decepcionantes quando da implantação de exigências do Estado de bem-estar social. A exigência de *emprego pleno com aumento de oportunidades e flexibilização do tempo de trabalho* revela uma *sintonização reflexiva* com os sucessos das reformas feministas. A simultaneidade de processos não simultâneos, revelada por esta campanha da era da luta política por uma *emenda constitucional em prol de direitos iguais*, põe à mostra um processo de aprendizagem que já dura quase dois séculos. E, nesse processo, reflete-se uma mudança na compreensão paradigmática do direito.

O feminismo clássico, que deita suas raízes no século XIX, entendia por igualdade das mulheres o acesso livre e sem discriminações às instituições existentes do sistema de educação e de empregos, às funções públicas, aos parlamentos, etc. A retórica da implantação de direitos formais procurava separar o mais possível a aquisição de *status* da identidade sexual e garantir a igualdade de chances na concorrência por emprego, diploma, salário, *status* social, influência e poder político. A política liberal tentava incluir as mulheres numa sociedade que lhes recusara até então as chances equitativas de concorrer. E, não havendo mais um acesso diferenciado aos domínios relevantes, a diferença entre os sexos deveria perder sua relevância social. No entanto, os opositores deste feminismo liberal continuaram a insistir na determinação “natural” não neutralizada, isto é, no papel tradicional da mulher (burguesa), a qual, segundo as concepções (certamente modernas) de uma divisão de trabalho de cunho patriarcal, deveria continuar ligada à esfera privada da vida no lar. A disputa entre os dois lados continuou, sendo que um deles é criticado pelo seu “culto da domesticidade” e o outro pela sua “preocupação exclusiva com a auto-realização”.⁵⁵ No entanto, na medida em

55 Sobre a história do feminismo na América, cf. Rhode, (1989), Primeira Parte.

que a equiparação formal das mulheres se impôs em áreas sociais importantes, colocou à mostra a dialética entre liberdade de direito e de fato, provocando regulações especiais, principalmente no direito social, do trabalho e da família. Podem ser tomadas como exemplo normas de proteção que se referem à gestação e à maternidade ou aos direitos à assistência, no caso de divórcio, as quais levam em conta diferenças biológicas concretas que têm a ver com a função de reprodução. Nesse terreno, a legislação feminista seguiu o programa do Estado social que visa promover a equiparação jurídica da mulher através da compensação de prejuízos de natureza social ou biológica.

Desde o final dos anos 60, as fronteiras se misturam em países como os EUA e a Alemanha. A partir desta época, um novo movimento feminista chama a atenção do público para o fato de que as exigências de direitos iguais, contidas no modelo liberal ou no do Estado social, estão longe de serem preenchidas e de que os programas implantados com sucesso têm *consequências ambivalentes*. Muitas vezes, o paternalismo do Estado social tinha sido tomado ao pé da letra. A materialização do direito, que a princípio visava eliminar a discriminação das mulheres, produziu efeitos contrários, na medida em que a proteção da gestação e da maternidade apenas agravava o risco do desemprego das mulheres, uma vez que normas de proteção do trabalho reforçaram a segregação do mercado de trabalho, situando-as nos grupos de salário mais baixo, pois um direito de divórcio mais liberal sobrecarregou as mulheres com as consequências da separação e, finalmente, na medida em que o esquecimento das interdependências entre as regulações do direito social, da família e do trabalho fez com que as desvantagens específicas ao sexo se acumulassem.

Os dados estatísticos relativos à “feminização da pobreza” eram alarmantes, não apenas nos Estados Unidos.⁵⁶ Hoje em dia, repetem-

56 Rohde, (1989), 126: “Essas desigualdades interrelacionadas e acopladas a modelos instáveis do casamento, da fecundidade e do emprego, contribuíram para uma crescente feminização da pobreza. Apesar das imperfeições dos índices oficiais da pobreza, eles permitem avaliar um *status* relativo. Segundo eles, as mulheres de todas as idades têm duas vezes mais chances do que os homens de serem pobres e as mães solteiras, cinco vezes mais chances. Dois terços de todos os adultos indigentes são mulheres e dois terços

se e se aceleram as tendências bem conhecidas das sociedades ocidentais “na região que aderiu à República Federal da Alemanha”, onde novamente as mulheres são mais atingidas do que os homens pelos “danos causados pela modernização”.

Do ponto de vista jurídico, essa discriminação reflexiva é causada por *classificações* de grupos de pessoas desfavorecidas e de situações desfavorecedoras, *que pecam por excesso de generalização*. Geralmente a equiparação favorece apenas uma categoria de mulheres (privilegiadas) às custas de outras, porque as desigualdades inerentes ao sexo estão correlacionadas, de modo complexo e intransparente, com outros tipos de desfavorecimento (origem social, idade, raça, orientação sexual, etc.). Porém é preciso levar em conta uma circunstância importante: a legislação e a jurisdição não chegam a classificações “falsas” apenas por serem cegas em relação aos contextos, mas porque a percepção que têm dos contextos é guiada por uma *compreensão paradigmática do direito ultrapassada*. Esse tema mais ou menos explícito une as diferentes correntes do feminismo radical desde os anos 70. Ele protesta contra a premissa que subjaz às políticas de equiparação, tanto do liberalismo como do Estado do bem-estar social, ou seja, ele é contra a idéia de que a igualdade entre os sexos pode ser atingida no interior do quadro institucional existente e no interior de uma cultura definida e dominada pelos homens.

Qualquer regulamentação especial, destinada a compensar as desvantagens da mulher no local de trabalho ou no mercado de trabalho, no casamento ou após uma separação, em termos de segurança social, prevenção da saúde, assédio sexual, pornografia, etc., depende do modo como se interpretam as experiências e situações existenciais típicas dos sexos. Na medida em que a legislação e a justiça se orientam por padrões tradicionais de interpretação, o direito regulativo consolida os *estereótipos* existentes acerca da *iden-*

daqueles que são permanentemente pobres vivem em lares onde a subsistência é garantida por uma mulher. Quase noventa por cento das famílias de progenitores solteiros são mantidas por mulheres e metade destas famílias vivem abaixo da linha de pobreza. Entre as minorias, a situação é ainda pior; os chefes de três quartos das famílias negras pobres são mulheres e o mesmo acontece com mais da metade de todas as famílias hispânicas”.

tidade dos sexos. Através dos “efeitos de normalização”, produzidos pela legislação e pela justiça, eles se tornam parte do problema que em princípio eles deveriam resolver: “At the most basic level, traditional approaches have failed to generate coherent or convincing definitions of difference. All too often, modern equal protection law has treated as inherent and essential differences that are cultural and contingent. Sex-related characteristics have been both over- and undervalued. In some cases, such as those involving occupational restrictions, courts have allowed biology to dictate destiny. In other contexts, such as pregnancy discrimination, they have ignored women’s special reproductive needs. The focus on whether challenged classifications track some existing differences between the sexes has obscured the disadvantages that follow from such differences ... We must insist not just on equal treatment but on women’s treatment as equal. Such strategy will require substantial changes in our legal paradigms ...”.⁵⁷

A questão do serviço militar das mulheres oferece um exemplo extremo. Questiona-se principalmente as implicações simbólicas resultantes da exclusão das mulheres do serviço militar: será que elas podem pretender o mesmo respeito que os homens em seu papel de cidadãos, caso sejam dispensadas do serviço militar, que está essencialmente ligado a esse papel? No sistema de empregos civis surge a necessidade de estabelecer diferenças relevantes segundo os estereótipos dos sexos. E, enquanto a “relação do trabalho normal” do homem exercendo uma atividade remunerada for tomada como padrão para julgar “desvios” que necessitam de uma compensação, haverá regulamentações compensatórias que obrigarão as mulheres a se submeter a instituições que as desfavorecem *estruturalmente*: “A more satisfactory theoretical framework for employment litigation would take neither gender nor jobs as fixed. The question should not be simply whether women are, or are not, ‘like men’ with respect to a given occupation. Of greater significance is whether that occupation can be redefined to accommodate biological differences and whether gender as a social construct can be redefined to make those differences less occupationally relevant”.⁵⁸ A força de assimilação exercida sobre as

57 Rhode, (1989), 81.

58 Rhode, (1989), 97-98.

mulheres pela política de equiparação, tanto a liberal como a do Estado do bem-estar social, deriva, em última instância, do fato de que as diferenças entre os sexos não são entendidas como relações entre duas grandezas *igualmente* problemáticas e *carentes de interpretação*, mas como desvios em relação a um padrão “normal” de relações” não problemáticas, que tomam como modelo o homem. Os dois paradigmas do direito apóiam-se na mesma premissa, porém chegam a resultados diferentes. O paradigma do Estado social enfrenta os desvios através de regulamentações especiais, que permitem fixá-los enquanto tais, ao passo que o modelo liberal do mercado trivializa as desigualdades concretas ou simplesmente as ignora.⁵⁹

Hoje em dia, a discussão gira em torno da definição adequada das diferenças sexuais. Mesmo que o “feminismo da relação” às vezes se resuma a uma simples “glorificação” da “natureza feminina” (a ironia da linguagem parece conferir-lhe razão), a mudança de temas, ou seja, a passagem da igualdade para a diferença, não constitui um mero retorno ao modo tradicionalista de definir os papéis: “*Do seu ponto de vista, a desigualdade entre os sexos não resultava tanto de uma recusa das oportunidades oferecidas aos homens como de*

59 Cf. C. A. MacKinnon, (1989), 219: “*Em termos de doutrina, e no quadro do enfoque dominante na discriminação dos sexos, dois caminhos alternativos são possíveis para chegar a um paridade entre os sexos. Ambos inscrevem-se na tensão entre identidade e diferença. O caminho geralmente preferido consiste em dizer: vocês devem ser como os homens! Do ponto de vista da doutrina, esse caminho é designado como sendo o da ‘neutralidade sexual’; do ponto de vista filosófico, esse caminho é caracterizado como do critério único. Que essa regra seja considerada como a da igualdade formal testemunha o modo como a substância se transmuta em forma no direito ... Às mulheres que desejariam a igualdade mas se sentem ‘diferentes’ a doutrina oferece um caminho alternativo: sede diferentes dos homens! Esse reconhecimento igual da diferença é caracterizada, em termos do direito, como a regra do benefício particular ou, em termos filosóficos, a regra do duplo critério. Ela não goza de boa fama, pois, não deixa de ser uma reminiscência ... das leis que protegiam o trabalho*”.

uma depreciação das funções e das qualidades associadas às mulheres”.⁶⁰ A crítica feminista não atinge o seu objetivo verdadeiro quando supõe, de um lado, que o erro reside no próprio “esquema identidade/diferença”, ou seja, na dialética entre igualdade de fato e de direito, posta em movimento no mandamento do tratamento igual, e quando lança fora, de outro lado, tanto a compreensão paradigmática tradicional, como a própria idéia de realização de direitos em geral.⁶¹ A teoria dos direitos não implica necessariamente uma redução individualista do conceito de direito.⁶² No entanto, basta aplicar um conceito intersubjetivista do direito para se descobrir facilmente a fonte dos erros: os aspectos sob os quais diferenças de experiências e de situações de vida de (certos grupos de) mulheres e de homens se tornam relevantes para um aproveitamento igualitário de liberdades de ação subjetivas, *têm que ser esclarecidos através de discussões públicas*. Além disso, não podemos supor que os estereótipos sexuais definidos institucionalmente constituem algo simplesmente dado. Hoje em dia, essas construções sociais têm que ser formadas de modo consciente; elas necessitam de uma articulação dos pontos de vista relativos à comparação e à fundamentação dos aspectos relevantes, a serem *desenvolvidas pelos próprios afetados* em discursos públicos. Apelando para a tradição pragmática, Martha Minow mantém o conceito dos direitos e da dialética pública entre igualdade de direito e de fato: “*Interpreting rights as features of relationships, contingent upon negotiation within a community committed to this mode of solving problems, pins law not on some force beyond human control but on human*

60 Rhode, (1989), 306.

61 MacKinnon, (1989), Cap. 12, 13; Young, (1990), Cap. 4; C. Smart. *Feminism and the Power of Law*. Londres, 1989, 138-159.

62 S. Benhabib (“Feminism and the Question of Postmodernism”, in Benhabib, (1992), 203-241) volta-se contra a interpretação contextualista e cética do discurso político formulado pelo feminismo pós-estruturalista.

responsibility for the patterns of relationships promoted or hindered by this process. In this way the notion of rights as tools in continuing communal discourse helps to locate responsibility in human beings for legal action and inaction".⁶³

A identidade sexual e a relação entre os sexos são construções sociais que se cristalizam em torno de diferenças biológicas e variam no decorrer da história. Observando a luta pela igualdade das mulheres e a mudança da compreensão paradigmática de programas jurídicos correspondentes, é possível concluir que não se pode formular adequadamente os direitos subjetivos destinados a garantir também às mulheres uma configuração privada autônoma da vida, se antes não forem articulados e bem fundamentados aspectos relevantes para o tratamento igual ou diferente. A classificação dos papéis dos sexos e das diferenças que dependem do sexo repousa sobre camadas elementares da autocompreensão cultural de uma sociedade. O feminismo radical trouxe à tona o caráter falível, basicamente questionável desse auto-entendimento. Por isso, as diferentes interpretações da identidade dos sexos e das suas relações mútuas têm que submeter-se à discussão pública. No entanto, as vanguardas feministas não detêm o monopólio das definições. Tanto as porta-vozes, como os intelectuais em geral, só podem estar seguros de não estarem prejudgando nada nem tutelando ninguém, quando todos os atingidos tiverem a chance efetiva de levantar a sua voz e de exigir direitos a partir de experiências concretas de lesão da integridade, de desfavorecimento e de opressão. As condições concretas de reconhecimento, seladas por uma ordem jurídica legítima, resultam sempre de uma "luta por reconhecimento"; e essa luta é motivada pelo sofrimento e pela indignação contra um desprezo concreto.⁶⁴ A. Honneth mostra que é necessário articular experiências que resultam de atentados à dignidade humana para conferir credibilidade aos aspectos sob os quais, no respectivo contexto, aquilo que é igual tem que ser tratado de modo igual e aquilo que é diferente tem que

ser tratado de modo diferente. Essa disputa pela interpretação de necessidades não pode ser delegada aos juízes e funcionários, nem mesmo ao legislador político.

Daí a consequência a ser ressaltada em nosso contexto: nenhuma regulamentação, por mais sensível que seja ao contexto, poderá concretizar *adequadamente* o direito igual a uma configuração autônoma da vida privada, se ela não fortalecer, ao mesmo tempo, a posição das mulheres na esfera pública política, promovendo a sua participação em comunicações políticas, nas quais é possível esclarecer os aspectos relevantes para uma posição de igualdade. Por ter tomado consciência desse nexo entre a autonomia privada e a pública, o feminismo hodierno mantém reservas contra o modelo de uma política orientada para sucessos instrumentais, de curto prazo; isso explica o peso que o feminismo atribui à "identity politics", ou seja, aos efeitos formadores da consciência, derivados do próprio processo político. Segundo esta compreensão procedimentalista, a concretização de direitos fundamentais constitui um processo *que garante a autonomia privada de sujeitos privados iguais em direitos, porém em harmonia com a ativação de sua autonomia enquanto cidadãos*. Tal paradigma jurídico não se coaduna, porém, com os projetos de uma "identidade dos sexos numa sociedade justa" obrigatória para todos – o fato de ela ser concebida de modo andrógino ou dentro de um dualismo essencialista dos sexos, sob o signo da feminilidade ou da maternidade, não muda as coisas. De outro lado, a compreensão procedimentalista do direito abre uma perspectiva para a negação determinada da injustiça identificável aqui e agora: "*Mesmo que não possamos saber a priori como será a sociedade boa, nós sabemos mais do que o suficiente sobre o que ela não será, para estabelecer um programa de ação. Não será uma sociedade com grandes disparidades entre os sexos quanto ao status, poder e segurança econômica. Nem uma sociedade que limita a liberdade de escolha das mulheres em relação à reprodução, que tolera a pobreza, a violência, a injustiça racial, ou que estrutura os empregos sem levar em conta as necessidades da família. Finalmente, e isso é fundamental, não será uma sociedade que recusa a muitos de seus membros o poder substancial de definir sua existência cotidiana. Para abranger todo o seu potencial, o feminismo tem que sustentar uma visão que não se preocupa apenas com as relações entre homens e mulheres, mas também com as relações entre os homens e entre as mulheres. O engajamento a favor da igualdade entre os sexos, que fez nascer o*

63 M. Minow. *Making All the Difference. Inclusion, Exclusion and American Law*. Ithaca, 1990, 309.

64 A. Honneth. *Kampf um Anerkennung*. Frankfurt/M., 1992.

movimento das mulheres, é necessário, porém não suficiente para exprimir os valores básicos deste movimento".⁶⁵

III. Crise do Estado de direito e compreensão procedimentalista do direito

Até aqui, discuti o paradigma procedimental do direito tendo em vista a realização de certos direitos; no entanto, a nova compreensão do direito atinge também, inclusive em primeira linha, o problema relativo à construção do Estado democrático de direito em sociedades complexas. Pudemos averiguar que a passagem para o modelo do Estado social se impôs, porque os direitos subjetivos podem ser lesados, não somente através de intervenções ilegais, mas também através da omissão da administração. A mudança estrutural da sociedade pôs à mostra o conteúdo jurídico objetivo inerente ao direito geral a liberdades iguais. E isso não coloca em jogo novos pontos de vista normativos: "*Descobriu-se que a concepção que determina o paradigma do direito formal – segundo a qual somente a justiça individualista é capaz de assegurar solidariedade social e somente a liberdade contratual pode garantir uma proteção eficaz e justa da confiança – é insustentável. Por isso, o fato de mais obrigações positivas se acrescentarem aos direitos negativos destinados a impedir certas intervenções abusivas não implica uma mudança profunda na idéia de um direito apoiado ... no princípio da reciprocidade*".⁶⁶ Porém mudou o efeito ambivalente dos novos direitos que definem as prestações devidas aos usuários. Pois estes conseguiram fortalecer inequivocamente uma configuração autônoma e privada da vida, na medida em que os próprios beneficiários não se contentam em gozar das prestações garantidas de modo paternalista, engajando-se na interpretação dos critérios segundo os quais é possível estabelecer a igualdade jurídica face à desigualdades de fato. Num nível abstrato, essa condição é preenchida através da legitimação democrática do legislador e da

divisão de poderes no Estado de direito. Todavia, há exemplos concretos, especialmente na área das políticas de igualdade feministas, que colocam em dúvida uma resposta tão simples. Com o crescimento e a mudança qualitativa das tarefas do Estado, modifica-se a necessidade de legitimação; quanto mais o direito é tomado como meio de regulação política e de estruturação social, tanto maior é o peso de legitimação a ser carregado pela gênese democrática do direito.

Os programas políticos do legislador sempre funcionaram como canais através dos quais conteúdos concretos e pontos de vista teleológicos imigraram para o direito. O próprio direito formal burguês teve que abrir-se para fins coletivos, tais como a política militar e fiscal. Entretanto, a persecução de fins coletivos teve que subordinar-se à função própria do direito, isto é, à normatização de expectativas de comportamento, de tal modo que é possível interpretar a política como realização de direitos. Tal exigência vale também para as decisões coletivamente impositivas de um Estado ativo que tenta regular processos sociais servindo-se dos meios do direito. Se a política se servisse da forma do direito para *qualquer tipo de fins*, destruiria a função própria do direito e feriria as condições de criação do direito e do poder político. No Estado social, o direito não pode diluir-se em política, pois, neste caso, a tensão entre facticidade e validade, que lhe é inerente, bem como a normatividade do direito, se extinguiriam: "*O direito torna-se politicamente disponível, porém, ao mesmo tempo, ele prescreve para a política as condições de procedimento que ela tem que levar em conta para dispor do direito*".⁶⁷ Ao contrário do que pensa o neoliberalismo, as limitações impostas à política pela forma do direito são de tipo estrutural, não de tipo quantitativo. A *quantidade* de programas políticos pode, inclusive, sobrecarregar o *medium* do direito, quando o processo político fere as condições procedimentais de normatizações legítimas, diferenciadas nos princípios do Estado de direito, em última instância, quando atinge o processo democrático da estruturação política autônoma do sistema de direitos. Pois, a partir do momento em que se criam políticas que não obedecem mais às condições da gênese democrática do direito, perdem-se os critérios que permitiriam avaliá-las normativamente. Pois, na implantação de tais programas, entram medidas de efetividade capazes de medir

65 Rhode, (1989), 317.

66 K. Günther. "Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts", in D. Grimm (ed.) *Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*. Baden-Baden, 1990, 62.

67 Günther, in Grimm, (1990), 57.

o emprego do poder administrativo, as quais *substituem* medidas de legitimidade da regulação jurídica. De fato, esse perigo parece crescer quando as tarefas do Estado se ampliam. A partir desse momento, o direito *instrumentalizado* para fins políticos, é açambarcado por um sistema administrativo independente e degradado à condição de meio entre outros meios aptos a resolver unicamente problemas de integração funcional.⁶⁸ Sob essa premissa, “a diferença categorial de ambas as medidas não é desenvolvida, porém reinterpretada empiricamente. A formação política legítima da opinião e da vontade, bem como a implantação eficiente, são concebidas como duas possibilidades análogas de modificações bem-sucedidas da estrutura social através de planejamento político”.⁶⁹

Problemas de legitimação não se colocam somente quando as regulações do Estado são ineficientes. A ausência de legitimação também pode resultar de uma perturbação da gênese democrática do direito, independentemente do modo como problemas desse tipo se relacionam com problemas de regulação não resolvidos. Quem considera os problemas de legitimação como simples variáveis dependentes dos problemas de regulação está partindo da premissa falsa, segundo a qual o direito mobilizado pelo Estado do bem-estar social está entregue, sem critérios, à compatibilização entre orientações valorativas aleatórias e concorrentes entre si. Ora, esta imagem resulta de uma compreensão paradigmática errônea do direito. Por ter um conteúdo descritivo, tal concepção revela uma confusão que pode ser esclarecida à luz da compreensão procedimentalista do direito: a partir do momento em que as medidas se tornam contingentes, manifesta-se o desenraizamento do direito regulativo, o qual se afasta cada vez mais do terreno da normatização legítima. Pois tais medidas têm que formar-se nos foros públicos, onde é possível tematizar experiências biográficas da repressão e do desprezo. Quanto mais a formação institucionalizada da opinião e da vontade perde o contato com um

68 Alguns dos discípulos do positivismo legal democrático da era de Weimar não eram imunes a esse modo de ver de um legislador do Estado social indiferente ao sentido normativo próprio da forma do direito.

69 Günther, in Grimm, (1990), 65.

processo de livre articulação das necessidades, tanto mais ela sente necessidade de parâmetros, os quais ela não pode produzir por si mesma. Então a dialética entre igualdade de direito e de fato recai ao nível de uma segunda natureza; ela passa a ser regulada por critérios que resultam dos processos de adaptação de uma administração que se programa a si mesma. As instâncias estatais que instrumentalizam direitos para realizar fins coletivos tornam-se autônomas, entrando numa parceria com seus clientes mais poderosos e formando uma administração de bens coletivos, sem subordinar a escolha dos fins ao projeto de realização de direitos inalienáveis.

Hoje em dia é impossível desconhecer tais tendências que levam à autonomização do poder ilegítimo. Entretanto, a descrição dessas tendências, que registra o solapamento do Estado de direito, tido como consequência *inevitável* de mudanças estruturais no Estado e na sociedade, tem que ser tida como problemática: 1) Em primeiro lugar, eu gostaria de lembrar opiniões já conhecidas sobre a crise do Estado de direito e abordar a compreensão que serve de pano de fundo à opinião funcionalista, que empresta um tom fatalista aos diagnósticos desta crise. 2) A seguir, eu tento esclarecer a diagnosticada “perda de validade da constituição” à luz do paradigma procedimentalista do direito. 3) Finalizo com uma breve observação sobre o sentido do “projeto” de uma comunidade jurídica que se organiza a si mesma.

1. Opiniões sobre a crise do Estado de direito

O pivô da atual crítica ao direito, num Estado sobrecarregado com tarefas qualitativamente novas e quantitativamente maiores, resume-se a dois pontos: a lei parlamentar perde cada vez mais seu efeito impositivo e o princípio da separação dos poderes corre perigo. Enquanto a administração clássica⁷⁰ podia concentrar-se em tarefas de ordenação de uma sociedade econômica, entregue à auto-regulação econômica, ela só devia intervir, em princípio, quando a ordem garantida pelo Estado de direito e pelo direito constitucional fosse perturbada. A lei geral e abstrata, que traduz fatos típicos em conceitos jurídicos determinados e os associa a consequências jurídicas claramente definidas, tinha sido

70 D. Grimm. *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*. Frankfurt/M., 1987.

concebida em função desses casos; pois o sentido da ordem jurídica consistia em proteger a liberdade jurídica das pessoas contra intromissões de um aparelho de Estado limitado à manutenção da ordem. Tão logo, porém, a administração do Estado social foi tomada para tarefas de estruturação e de regulação política, a lei em sua forma clássica não era mais suficiente para programar a prática da administração. Para suplementar essa administração clássica intervencionista, cuja atividade é caracterizada como reativa, bipolar e pontual,⁷¹ surgiram administrações planejadoras com uma prática totalmente diferente. A moderna administração, prestadora de serviços, que assume tarefas de provisão, de elaboração de infra-estrutura, de planejamento e de previsão de riscos, portanto, tarefas da regulação política em sentido amplo, age voltada para o futuro e para a cobertura de grandes espaços; suas intervenções tocam, além disso, as relações entre sujeitos privados e grupos sociais. A moderna prática de administração revela *“tal grau de complexidade, de dependência da situação e de incerteza, que ela não pode ser captada plenamente pelo pensamento, não podendo, pois, ser determinada de modo conclusivo. Por isso, aqui não funciona mais o tipo clássico de norma de um programa condicional, que enumera nos fatos os pressupostos sob os quais o Estado está justificado a intervir e determina quais medidas ele pode tomar”*.⁷² O leque das formas do direito foi ampliado através de leis relativas a medidas, leis experimentais de caráter temporário e leis de regulação, de prognóstico inseguro; e a inserção de cláusulas gerais, referências em branco e, principalmente, de conceitos jurídicos indeterminados na linguagem do legislador, desencadeou a discussão sobre a “indeterminação do direito”, a qual é motivo de inquietação para a jurisprudência americana e alemã.⁷³

71 D. Grimm. “Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats”, in *id.*, *Die Zukunft der Verfassung*. Frankfurt/M., 1991, 165: “Ela era reativa, na medida em que pressupunha sempre um evento externo que se revelava um estorvo; era bipolar, na medida em que a atividade se limitava à relação entre o Estado e os seus críticos; e era pontual, na medida em que se esgotava na preservação ou na eliminação de determinados estorvos”.

72 Grimm, (1991), 172.

73 Jörges, Trubek, (1989).

Aqui nos interessam as consequências que a materialização do direito traz para a divisão funcional dos poderes.⁷⁴ Nós tratamos pormenorizadamente da crítica ao direito desenvolvido pelos juizes, o qual se transforma em legislação implícita, colocando em risco a racionalidade do exercício do direito e sobrecarregando a base de legitimação do poder judiciário.⁷⁵ Porém o que mais causa inquietação é a insuficiente regulação da administração do ponto de vista do direito constitucional. É certo que a relação autoritária da administração com seus clientes foi substituída há muito tempo por uma relação de direito administrativo controlada pelos tribunais, a qual obriga os dois lados. Além disso, uma ampliação da reserva legal estendeu o domínio de competência da justiça administrativa.⁷⁶ Isso, porém, não compensa satisfatoriamente a fraqueza normativa do direito regulativo, porque a administração, ao preencher suas tarefas de regulação, nem sempre depende de intervenções no sentido técnico jurídico: *“Onde não há intervenção, não há reserva legal; onde não há reserva legal, não há compromisso da lei e onde não há compromisso legal da administração não há controle legal através de tribunais. No entanto, o déficit se estende ao próprio domínio de intervenção. Lá a reserva legal perde seu efeito protetor dos direitos fundamentais, quando ... se trata da transformação de estruturas e relações sociais, empreendida pelo próprio legislador, e que mexe com grandes*

74 Na Alemanha, a discussão sobre a generalidade da lei ainda é dominada pela representação pontual elaborada por C. Schmitt em 1928 em sua doutrina da constituição, a qual ganhou influência direta na Alemanha através de E. Forsthoff e indireta através de F. Neumann. Eu também fui afetado por ela no final dos anos 50: cf. minha introdução a J. Habermas, L. v. Friedeburg, Ch. Oehler, F. Weltz. *Student und Politik*. Neuwied, 1961, 11-55. Para os dias de hoje, cf. a análise sistemática e esclarecedora de H. Hofmann. “Das Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes”, in Ch. Starck (ed.), *Die Allgemeinheit des Gesetzes*. Göttingen, 1987, 9-48.

75 Cf. acima, Vol. I, caps. V e VI.

76 W. Schmidt. *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*. Munique, 1982, 242-261; H. Faber. *Verwaltungsrecht*. Tubinga, 1987, 25ss.

grupos sociais que têm posições conflitantes com relação aos direitos fundamentais".⁷⁷ Em tais domínios, a administração se programa a si mesma, procedendo de acordo com máximas tais como o princípio da proporcionalidade ou as cláusulas que atenuam as exigências excessivas ou reduzem as medidas suscetíveis de conter injustiças, máximas e cláusulas bem conhecidas no exercício do direito e que não admitem mais um tratamento normativamente neutro dos textos legais.

A ampliação do horizonte temporal, no qual as atividades do Estado social, especialmente a atividade preventiva, têm que mover-se, agudiza esses problemas. Através de suas ações ou omissões, o Estado participa cada vez mais na produção de novos riscos, condicionados pela ciência e pela técnica. Os riscos inerentes à força nuclear ou à técnica genética colocam o problema da tomada de providências – também por parte do legislador – para proteger, de modo advocatício, os interesses das gerações futuras. Em geral, os perigos da sociedade de riscos⁷⁸ ultrapassam as capacidades analíticas e de prognose dos especialistas e a capacidade de elaboração, vontade de ação e velocidade de reação da administração encarregada de prevenir os riscos; por isso, os problemas da segurança jurídica e da submissão à lei, existentes no Estado social, se agudizam dramaticamente. De um lado, as normas de prevenção, emitidas pelo legislador, só conseguem regular parcialmente programas de ação tão complexos e dinâmicos que antecipam o futuro e dependem de prognósticos e de autocorreção. De outro lado, fracassam os meios de regulação da prevenção clássica, sintonizada mais com os riscos concretos do que com as ameaças potenciais de grandes grupos de pessoas. Face aos espaços de avaliação que têm que ser preenchidos pela administração preventiva segundo pontos de vista técnicos discutíveis, a dinamização da proteção constitucional não oferece uma proteção jurídica suficiente: *"a simples garantia de posições definidas pelo direito procedimental, no lugar de direitos claramente fundados sobre as regras materiais do direito, não (melhora) a situação dos envol-*

vidos".⁷⁹ Denninger observa, neste contexto, que "se passa de um sistema da segurança jurídica para um sistema da segurança de *vantagens* jurídicas", o qual "modifica e dilui" a proteção jurídica dos indivíduos.⁸⁰ Além disso, a dialética entre tutoramento e autorização se acelera, no âmbito do Estado social, na medida em que o controle constitucional do dever de proteção do Estado tem como consequência a ampliação e o armamento do Estado de direito, que passa a ser um "Estado de segurança".⁸¹ *"Isso vale especialmente para a transformação da liberdade garantida pela constituição, a qual entra em cena quando uma sociedade produz um excesso de riscos de segurança, tendo que proteger os bens constitucionais ameaçados através da ampliação considerável do aparelho de vigilância"*.⁸²

No entanto, o crescimento das tarefas de regulação não traz apenas a independência do poder administrativo em relação a um legislador marginalizado. Ele enreda o Estado em negociações com sistemas funcionais da sociedade, com grandes organizações, associações, etc., que se subtraem, em larga escala, a uma regulação imperativa (através de sanções, taxas ou incentivos financeiros), sendo acessíveis apenas aos meios persuasivos da comunicação: *"Não existe nenhum dever de obediência à regulação indireta ... Medidas políticas tornam-se objeto de negociações, nas quais os destinatários privados da regulação podem exigir do Estado recompensas pela sua disposição de obedecer ... Estado e sociedade encontram-se no mesmo nível"*.⁸³ A soberania do Estado é solapada, na medida em que corporações socialmente poderosas se associam ao exercício público do poder, sem serem legitimadas para isso, ficando submetidas às responsabilidades típicas de órgãos do Estado. Como já foi dito, os atores sociais, revestidos do

77 Grimm, (1990), 26.

78 U. Beck. *Risikogesellschaft*. Frankfurt/M., 1986; *id.*, *Gegengifte. Die organisierte Unverantwortlichkeit*. Frankfurt/M., 1988.

79 D. Denninger. "Der Präventions-Staat", in Denninger, (1990), 42.

80 Denninger, (1990), 33, 35.

81 J. Hirsch. *Der Sicherheitsstaat*. Frankfurt/M., 1980.

82 D. Grimm. "Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention", in Grimm, (1991), 217.

83 Grimm, (1990), 19.

poder de negociação paraconstitucional, rompem o quadro da constituição. Também os partidos políticos, que estão autorizados a “contribuir para a formação política da vontade do povo” (Lei Fundamental, Art. 21), passaram a formar um cartel autônomo do poder que engloba todos os poderes do Estado, o que não está previsto na constituição, e isso por boas razões! Os partidos, que antes eram catalisadores capazes de transformar a influência política e jornalística em poder comunicativo, monopolizaram o núcleo do sistema político, sem submeter-se à separação funcional dos poderes. Eles exercem funções paraestatais: a) através de sua competência em recrutar pessoal nos setores da administração, da justiça, dos meios de comunicação de massa e noutros setores da sociedade; b) através do deslocamento de decisões políticas, as quais passam dos grêmios formalmente competentes para as antecâmaras das combinações informais e dos arranjos partidários; c) através de uma instrumentalização da esfera pública com a finalidade de intervir no poder administrativo.

Podemos discutir a formulação e os parâmetros destes e de outros diagnósticos da crise. Em qualquer caso, eles levantam tendências de crise existentes no Estado de direito, as quais impedem evasivas,⁸⁴ ou o retorno puro e simples à concepção liberal do Estado de direito. Porém o raciocínio, segundo o qual a complexidade das novas tarefas de regulação ultrapassa o *medium* do direito enquanto tal, não é conclusivo. Pois a força de integração social do direito só seria superada estruturalmente, caso a crise do Estado de direito se revelasse *sem saída*. No meu entender, os que sugerem que ela é sem saída têm uma compreensão preconcebida do direito, fixada na atividade do Estado.

Mesmo admitindo o crescimento da complexidade das tarefas do Estado, é possível elaborar uma periodização aproximada, segundo a qual o Estado tem que especializar-se, em primeiro lugar, na tarefa clássica de manutenção da ordem; a seguir, na distribuição justa das compensações sociais; e, finalmente, na tarefa de dominar as situações de perigo coletivo. A domesticação do poder do Estado absolutista, a superação da pobreza produzida pelo capitalismo e a prevenção contra os riscos gerados pela ciência e pela técnica fornecem os temas e os fins: segurança jurídica, bem-estar social e prevenção. E as formas do Estado ideal – o Estado de direito, o Estado social e o Estado

securitário – devem estruturar-se de acordo com esses objetivos. A simples formulação desses tipos ideais sugere que a formação histórica do Estado de direito mantém um parentesco estreito com o direito enquanto tal. A administração intervencionista do Estado de direito liberal maneja o direito, ao passo que a atividade estruturadora do Estado social e a regulação indireta do Estado prevencionista têm que apoiar-se cada vez mais noutras fontes: no dinheiro e em realizações estruturais, em informações e conhecimentos de especialistas. Somente a administração intervencionista de tipo clássico consegue resolver satisfatoriamente suas tarefas com os meios normativos do direito; as administrações do Estado social e do Estado securitário apóiam-se numa base monetária ampliada e numa nova base do saber – e, na medida em que adotam um novo modo cognitivo de ação, são obrigados a afastar-se dos meios normativos do direito.

Esta perspectiva analítica pode ser fecunda para quem se interessa pelas condições de funcionamento de uma administração efetiva. Todavia, não se pode transformar prematuramente os resultados de uma interpretação funcionalista em paradigmas do direito. A tendência à objetivação, percebida nesta visão, significa apenas que os problemas que surgem são cada vez menos de natureza jurídica; no entanto, ela não significa que a correspondente prática de administração se subtraia cada vez mais às regulações jurídicas. Isso só é sugerido através do modo como são designados os problemas que sobressaem numa determinada época. Segundo esta colocação, somente o Estado liberal consegue resolver seu problema, que é o de conseguir a segurança jurídica com o auxílio do *medium* do direito. Somente em condições de complementaridade entre administração intervencionista e uma sociedade econômica liberal, as condições para a eficácia da atividade estatal coincidem com as condições essenciais da legitimidade (assegurada pelo direito formal). Durante os períodos subseqüentes, torna-se claro que as condições da eficácia não coincidem necessariamente com as condições de legitimidade. Daí novos conflitos quanto aos objetivos a serem perseguidos pelas administrações organizadas segundo princípios do Estado de direito, as quais estruturam a sociedade ou a regulam indiretamente. Entretanto, esses conflitos não fazem com que o direito perca, *sem mais nem menos*, sua relevância ou seu nexos com as

84 Peters, (1991), 136ss.

normas do Estado de direito. Todavia, para saber como a liberdade e a igualdade jurídica poderiam ser garantidas de outro modo, recomenda-se adotar outra perspectiva analítica. Com efeito, para saber como realizar o sistema dos direitos tendo em conta a mudança de função da administração, a periodização proposta nos termos de uma sociologia da administração perde sua capacidade analítica. Do ponto de vista da doutrina do direito, os novos riscos em matéria de segurança não colocam novos problemas: eles apenas agudizam o velho problema do direito regulador, que começa a perder a sua força a partir do momento em que se desenvolve o Estado social. No entanto, as normas de prevenção criam um problema *novo* ao colocar a necessidade de se complementar a proteção jurídica individual através da proteção jurídica coletiva.

Em nosso contexto, é mais importante saber que o desengate entre o poder administrativo autônomo e as normas do Estado de direito *traz consequências*. Uma administração que se programa a si mesma tem que abandonar a neutralidade no trato com normas, prevista no esquema clássico da divisão de poderes. Sob este aspecto, não se observa nenhuma tendência à objetivação. Na medida em que a administração assume as tarefas do legislador político e passa a desenvolver programas próprios, ela tem que decidir por conta própria a questão da fundamentação e da aplicação de normas. Todavia, essas questões práticas não podem ser decididas sob pontos de vista da eficácia, pois exigem uma abordagem racional de argumentos normativos. Uma administração que trabalha seguindo o estilo cognitivo não possui os pressupostos comunicacionais, nem os procedimentos necessários. A negação tecnocrática e a redefinição empirista das questões práticas a serem decididas em contextos imediatos não levam necessariamente a uma elaboração objetivadora dos problemas, pois delas resulta a naturalidade secundária de uma “compatibilização de complexos de valores, destituída de critérios” (Günther). Os indícios de uma erosão do Estado de direito assinalam, sem dúvida, tendências de crise; no entanto, nelas se manifesta muito mais a *insuficiente institucionalização de princípios do Estado de direito* do que uma sobrecarga da atividade do Estado, tornada mais complexa através desses princípios.

2. A “perda de validade da constituição” na interpretação do paradigma procedimentalista

Os paradigmas do direito permitem diagnosticar a situação e servem de guias para a ação. Eles iluminam o horizonte de determinada sociedade, tendo em vista a realização do sistema de direitos. Nesta medida, sua função primordial consiste em abrir portas para o mundo. Paradigmas abrem perspectivas de interpretação nas quais é possível referir os princípios do Estado de direito ao contexto da sociedade como um todo. Eles lançam luz sobre as restrições e as possibilidades para a realização de direitos fundamentais, os quais, enquanto princípios não saturados, necessitam de uma interpretação e de uma estruturação ulterior. Por isso, o paradigma jurídico procedimentalista, como qualquer paradigma, necessita de elementos normativos e descritivos.

De um lado, a *teoria do direito*, fundada no discurso, entende o Estado democrático de direito como a institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários para uma formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, por seu turno, o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito. De outro lado, a *teoria da sociedade fundada na comunicação* entende o sistema político estruturado conforme o Estado de direito como um sistema de ação entre outros. Este pode compensar os eventuais problemas de integração na sociedade global, colocando a formação institucionalizada da opinião e da vontade em contato com comunicações públicas informais, pois está inserido nos contextos de um mundo da vida através de uma esfera pública ancorada numa sociedade civil. Finalmente, *uma determinada concepção do direito* estabelece a relação entre a abordagem normativa e a empírica. Segundo essa concepção, a comunicação jurídica pode ser entendida como um *medium* através do qual as estruturas de reconhecimento concretizadas no agir comunicativo passam do nível das simples interações para o nível abstrato das relações organizadas. A rede tecida pelas comunicações jurídicas é capaz de envolver sociedades globais, por mais complexas que sejam. Além do mais, o paradigma procedimental do direito resulta de uma controvérsia acerca de paradigmas, partindo da premissa, segundo a qual o modelo jurídico liberal e o do Estado social interpretam a realização do direito de modo *demasiado concretista*,

ocultando a relação interna que existe entre autonomia privada e pública, e que deve ser interpretada caso a caso. Tais premissas colocam as citadas tendências de crise numa outra luz; e uma avaliação diferente recomenda práticas novas.

O problema central reside na instrumentalização do direito para fins da regulação política, a qual sobrecarrega a estrutura do *medium* jurídico, dissolvendo a ligação que existe entre a política e a realização de direitos dos quais não se pode dispor. Entretanto, do ponto de vista procedimentalista, esse problema não resulta da substituição de um tipo de direito por outro. O avanço do direito regulativo oferece apenas a *ocasião* para a dissolução de uma determinada figura histórica da divisão de poderes no Estado de direito. Hoje em dia, o legislador político tem que escolher entre o direito formal, o material e o procedimental: tudo depende da matéria a ser regulada. Daí a necessidade de uma nova institucionalização do princípio da separação de poderes. Pois o manejo reflexivo de formas jurídicas alternativas proíbe que se tome a lei geral e abstrata como o único ponto de referência para a separação institucional entre instâncias que legislam, que executam e que aplicam o direito. Mesmo durante o período liberal, a separação funcional não coincidiu perfeitamente com a separação institucional dos poderes. No entanto, as diferenças surgiram claramente no decorrer do desenvolvimento do Estado social. O discurso concretista sobre o “legislador”, a “justiça” e a “administração” disfarça a lógica de uma separação de poderes conforme o Estado de direito, que regula, num outro nível de abstração, o poder de dispor sobre os tipos de argumentos e o modo de tratá-los. Ele exige a institucionalização de diferentes discursos e formas de comunicação correspondentes, as quais abrem – *em qualquer tipo de contexto* – possibilidades de intervir nos tipos de argumentos. Uma abordagem reflexiva dos problemas carentes de solução, dos tipos apropriados de direito e dos argumentos exigidos traz consequências, tanto para a gênese democrática, como para a elaboração posterior de programas legais. O que mais irrita, na atual situação, é o fato de que se lança mão, em larga escala e a qualquer hora, de argumentos normativos, os quais, segundo o esquema clássico da separação entre os poderes, estavam reservados à justiça e ao legislador parlamentar. Seguem alguns tópicos neste sentido:

(a) Da parte do *legislador parlamentar*, a abordagem reflexiva do direito exige inicialmente certas decisões num metanível: Será que

ele deve decidir? Quem poderia decidir em seu lugar? No caso de ele querer decidir, quais seriam as consequências para uma elaboração legítima de seus programas de leis? Em casos simples, a transferência incontrolada de competências legislativas para tribunais e administrações é fomentada pelo oportunismo de um legislador que não esgota suas competências e renuncia a regular matérias que requerem tratamento legal. Noutros casos, coloca-se uma questão bem mais difícil: será que o legislador parlamentar pode, através de uma descentralização de competências legislativas especificadas funcionalmente, desobrigar-se de decisões que ele mesmo não poderia tomar com suficiente determinação? No entanto, se ele introduz direito regulativo, tem que tomar cuidados para compensar, de forma legítima, a insuficiente força de imposição de que dispõe tal direito na justiça e na administração.

Ao estabelecer suas políticas, o legislador interpreta e estrutura direitos, ao passo que a *justiça* só pode mobilizar as razões que lhe são dadas, segundo o “direito e a lei”, a fim de chegar a decisões coerentes num caso concreto. Isso vale também, como vimos, para as interpretações construtivas de um tribunal constitucional, cujo papel é alvo de restrições por parte de uma compreensão procedimentalista do direito. O paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático. Elas adquirem um estatuto que permite analisar, numa outra luz, os diferentes tipos de conflito. Os lugares abandonados pelo participante autônomo e privado do mercado e pelo cliente de burocracias do Estado social passam a ser ocupados por cidadãos que participam de discursos políticos, articulando e fazendo valer interesses feridos, e colaboram na formação de critérios para o tratamento igualitário de casos iguais e para o tratamento diferenciado de casos diferentes. Na medida em que os programas legais dependem de uma concretização que contribui para desenvolver o direito – a tal ponto que a justiça, apesar de todas as cautelas, é obrigada a tomar decisões nas zonas cinzentas que surgem entre a legislação e a aplicação do direito –, os discursos acerca da aplicação do direito têm que ser complementados, de modo claro, por elementos dos discursos de fundamentação. Esses elementos de uma formação quase-legisladora da opinião e da vontade necessitam certamente de um outro tipo de legitimação. O fardo desta legitimação suplementar poderia ser assumido pela obrigação de apresentar justificações perante um fórum judiciário crítico. Isso seria possível através da institucionalização de uma esfera pública jurídica capaz

de ultrapassar a atual cultura de especialistas e suficientemente sensível para transformar as decisões problemáticas em foco de controvérsias públicas.

(b) Entretanto, a fragilidade do direito regulador exige compensações, principalmente no domínio de uma *administração* sobrecarregada com tarefas de regulação, a qual não pode mais limitar-se a executar leis de modo normativamente neutro e competente, no quadro de atribuições normativas claras. Segundo o modelo “*expertocrático*”, a administração deveria tomar apenas decisões pragmáticas; no entanto, ela jamais se restringiu a este modelo. Na moderna administração de prestações, avolumam-se os problemas a exigirem o escalonamento dos bens coletivos, a escolha entre fins concorrentes e a avaliação normativa de casos particulares. Para elaborá-los de modo racional, tornam-se necessários discursos envolvendo a fundamentação e a aplicação, os quais extrapolam o quadro profissional de um preenchimento pragmático de tarefas. Nos casos em que a administração decide, guiada apenas por pontos de vista da eficiência, convém buscar *filtros de legitimação*, os quais podem ser cedidos pelo direito procedimental. Neste sentido, a imagem da fortaleza “*sitiada*” democraticamente, que aplico ao Estado, pode induzir a erro.⁸⁵ Uma vez que a administração, ao implementar programas de leis abertos, não pode abster-se de lançar mão de argumentos normativos, ela tem que desenvolver-se através de formas de comunicação e procedimentos que satisfaçam às condições de legitimação do Estado de direito. No entanto, é necessário perguntar se tal “*democratização*” da administração – que ultrapassa o simples dever de informar e que complementou o controle parlamentar e judicial da administração a partir de dentro – implica apenas a participação decisória de envolvidos, a ativação de *ombudsmen*, de processos análogos ao tribunal, de interrogatórios, etc., ou se implica, além disso, outros tipos de arranjo num domínio tão suscetível a estorvos e onde a eficiência conta tanto. Tudo isso é questão de um jogo que envolve tanto a fantasia institucional, como a experimentação cuidadosa. No entanto, práticas de participação na administração não devem ser tratadas apenas como sucedâneos da proteção jurídica, e sim como processos destinados à

legitimação de decisões, eficazes *ex ante*, os quais, julgados de acordo com seu conteúdo normativo, substituem atos da legislação ou da jurisdição.

Isso, porém, não torna obsoletos os controles reativos da administração. Para prevenir os ataques à *proteção do direito individual*, que nós discutimos ao tratar das tarefas preventivas do Estado, devem ser tomadas cautelas, tais como a extensão das cláusulas restritivas, a dinamização da proteção dos direitos fundamentais, formas de proteção do direito coletivo, etc. O paradigma procedimental do direito orienta o olhar do legislador para as *condições de mobilização* do direito. Quando a diferenciação social é grande e há ruptura entre o nível de conhecimento e a consciência de grupos virtualmente ameaçados, impõem-se medidas que podem “capacitar os indivíduos a formar interesses, a tematizá-los na comunidade e a introduzi-los no processo de decisão do Estado”.⁸⁶

(c) Estas considerações, no entanto, ainda não discutem a *relação neocorporativista* que se interpõe entre a administração e as organizações e sistemas funcionais da sociedade, os quais se distinguem de outros clientes necessitados de proteção jurídica, por possuírem poder social e uma complexa estrutura interna, sendo inacessíveis a uma regulação imperativa. Vimos que a arquitetura do Estado de direito é prejudicada na fase de negociações, quando o Estado se contenta em assumir a posição de um participante entre outros. Face às decisões políticas importantes para toda a sociedade, o Estado tem que estar em condições de captar interesses públicos e eventualmente impô-los. Mesmo nos casos em que ele aparece como um conselheiro inteligente ou como um supervisor que coloca à disposição um direito procedimental, a normatização do direito tem que continuar referida, de modo transparente, controlável e reconstituível, aos programas do legislador. Não existem receitas capazes de levar a isso. E, para impedir, em última instância, que um poder ilegítimo se torne independente e coloque em risco a liberdade, não temos outra coisa a não ser uma esfera pública desconfiada, móvel, desperta e informada, que exerce influência no complexo parlamentar e insiste *nas condições da gênese do direito legítimo*.

85 J. Habermas. “Soberania do povo como processo”. Cf. abaixo Estudos preliminares e complementos, II, pág. 249.

86 D. Grimm. “Interessenwahrung und Rechtsdurchsetzung in der Gesellschaft von morgen”, in *id.*, (1991), 178.

Com isso, atingimos o núcleo do paradigma procedimentalista do direito, pois a “*combinação universal e a mediação recíproca entre a soberania do povo institucionalizada juridicamente e a não-institucionalizada*”⁸⁷ são a chave para se entender a gênese democrática do direito. O substrato social, necessário para a realização do sistema dos direitos, não é formado pelas forças de uma sociedade de mercado operante espontaneamente, nem pelas medidas de um Estado do bem-estar que age intencionalmente, mas pelos fluxos comunicacionais e pelas influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública política, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos democráticos. Neste contexto, é fundamental o cultivo de esferas públicas autônomas, a participação maior das pessoas, a domesticação do poder da mídia e a função mediadora dos partidos políticos não-estatizados. Contra a absorção da *esfera pública política* por parte do poder, existem as conhecidas sugestões que recomendam ancorar elementos plebiscitários na constituição (referendo popular, desejos do povo, etc.) e as propostas que sugerem introduzir processos democráticos básicos (na apresentação dos candidatos, na formação da vontade interpartidária, etc.). As tentativas visando um controle constitucional maior do *poder da mídia* caminham na mesma direção. Pois os meios de comunicação de massa carecem de um espaço de ação que viabilize a sua independência em relação às intervenções das elites políticas e funcionais, e os coloque em condição de assegurar o nível discursivo da formação pública da opinião, sem prejudicar a liberdade comunicativa do público que toma posição.⁸⁸ No paradigma procedimentalista do direito, a esfera

pública é tida como a ante-sala do complexo parlamentar e como a periferia que *inclui* o centro político, no qual se originam os impulsos: ela exerce influência sobre o estoque de argumentos normativos, porém sem a intenção de conquistar partes do sistema político. Através dos canais de eleições gerais e de formas de participação específicas, as diferentes formas de opinião pública convertem-se em poder comunicativo, o qual exerce um duplo efeito: a) de autorização sobre o legislador, e b) de legitimação sobre a administração reguladora; ao passo que a crítica do direito, mobilizada publicamente, impõe obrigações de fundamentação mais rigorosas a uma justiça engajada no desenvolvimento do direito.

A crítica que atualmente se dirige contra a estatização dos *partidos políticos* visa, em primeiro lugar, a uma prática que instrumentaliza a concorrência entre os diferentes programas que buscam o assentimento do público de eleitores para fins de recrutamento de pessoas e para a distribuição dos cargos. Trata-se de uma diferenciação institucional entre duas funções, que os partidos assumem, apoiados em boas razões. Enquanto catalisadores da opinião pública, eles são chamados a colaborar na formação da vontade política e na educação política (com a finalidade de qualificar os cidadãos para exercer o seu papel); porém, enquanto máquinas de recrutamento, eles fazem seleção de pessoal e enviam grupos de líderes para o sistema político. Essas duas funções se confundiram na medida em que os próprios partidos se transformaram em componentes desse sistema. Pois, na perspectiva dos detentores do poder administrativo, os partidos assumem seu poder de participação como se fosse uma função de regulação e consideram a esfera pública política como um ambiente do qual eles extraem a lealdade das massas. O público dos cidadãos deveria poder reconhecer-se na pessoa dos guias dos partidos democráticos, e não na de um chefe da administração. Estes guias deveriam distinguir-se pelo esforço em interpretar adequadamente as necessidades, em escolher temas relevantes, em descrever corretamente os problemas e em propor soluções melhores para os problemas. Enquanto a concorrência democrática não lhes conferir uma reputação superior à dos detentores do poder administrativo, a política continuará mantendo sua falsa auréola. Pois, no Estado democrático de direito, tido como a morada de uma comunidade jurídica

87 Maus, (1992), 203ss; *id.* “Basisdemokratische Aktivitäten und rechtsstaatliche Verfassung”, in The. Kreuder (ed.). *Der orientierungslose Leviathan*. Marburg, 1992, 99-116.

88 Cf. as decisões do Tribunal Constitucional da República Federal, as quais indicam a direção para a constitucionalização do quarto poder. *Neue Juristische Wochenschrift*, 1981, Caderno 33, 1174ss; 1987, Cad. 5, 239ss; 1987, Cad. 47, 2987ss; 1991, Cad. 14, 899ss; cf. também sobre esse tema F. Kübler. “Die neue Rundfunkordnung. Marktstruktur und Wettbewerbsbedingungen”, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1987, Cad. 47, 2961-2967.

ca que se organiza a si mesma, o lugar simbólico de uma soberania diluída pelo discurso permanece *vazio*.⁸⁹

3. Consideração sobre o sentido do “projeto” de uma comunidade jurídica que se organiza a si mesma

Nas condições do pensamento pós-metafísico, que representa atualmente a única alternativa convincente – apesar dos fundamentalismos que reagem às perdas provocadas pela modernização – o Estado perdeu sua substância sagrada. Ora, o processo de secularização das bases espirituais do poder do Estado sofre de deficiências que precisam ser compensadas através de uma democratização progressiva, para que o Estado de direito não venha a correr perigo. Poderíamos encontrar mais evidências em favor desta tese se adotássemos a perspectiva da ordem internacional de uma sociedade mundial. As legitimações apresentadas pelos aliados para desencadear a guerra do Golfo confirmam a desnacionalização crescente do direito internacional.⁹⁰ Nesse processo, refletem-se tendências que visam à dissolução da soberania dos Estados nacionais, as quais poderiam sinalizar o início de uma nova ordem mundial universalista, sob o signo de uma emergente esfera pública mundial.⁹¹ E, se tivermos em conta a urgência dos problemas citados no prefácio, isso não passa de uma simples esperança – nascida do desespero!

Todo aquele que tenta enfrentar as perspectivas reformistas, servindo-se apenas dos argumentos triviais que destacam a complexidade, confunde legitimidade com eficiência e desconhece o fato de que as instituições do Estado de direito não visam simplesmente reduzir a complexidade, mas procuram mantê-la através de uma contra-regulação, a fim de estabilizar a tensão que se instaura entre facticidade e validade. De outro lado, as conseqüências que extraio

89 U. Rödel desenvolve este pensamento, apoiando-se em C. Lefort. Cf. in U. Rödel, G. Frankenberg, H. Dubiel. *Die demokratische Frage*. Frankfurt/M., 1989, 83ss.; cf. também U. Rödel (ed.). *Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie*. Frankfurt/M., 1990.

90 J. Habermas. *Vergangenheit als Zukunft*. Zurique, 1991, 14ss.

91 R. Knieper. *Nationale Souveränität. Versuch über Ende und Anfang einer Weltordnung*. Frankfurt/M., 1991.

do paradigma procedimentalista do direito e utilizo para a compreensão da “crise do Estado de direito” não são originais. Mesmo assim, esse caminho permite que certas tendências de reforma, que ainda são discutidas ou que já foram aprovadas, adquiram uma certa coerência.

Se “utopia” é o nome do projeto ideal que configura uma forma de vida concreta, então a constituição, entendida como um projeto, não é uma utopia social, nem um substitutivo para ela. Por muitas razões, esse projeto é “o contrário da utopia que estabelece uma unidade entre razão coletiva e onipotência secularizada, institucionalizada no Estado; pois ele configura a idéia da sociedade civil e de sua capacidade de influir sobre si mesma através de processos discursivos e através da institucionalização inteligente”.⁹² U. Preuss define a “constituição” como sendo a instituição de um processo de aprendizagem falível, através do qual uma sociedade vence, passo a passo, sua natural incapacidade para uma autotematização normativa: “Uma sociedade é constituída a partir do momento em que for capaz de confrontar-se consigo mesma em formas institucionais adequadas e em processos normativos de adaptação, de resistência e de autocorreção”.⁹³ O paradigma procedimental distingue-se dos concorrentes, não apenas por ser “formal”, no sentido de “vazio” ou “pobre de conteúdo”. Pois a sociedade civil e a esfera pública política constituem para ele pontos de referência extremamente fortes, à luz dos quais, o processo democrático e a realização do sistema de direitos adquirem uma importância inusitada. Em sociedades complexas, as fontes mais escassas não são a produtividade de uma economia organizada pela economia de mercado, nem a capacidade de regulação da administração pública. O que importa preservar é, antes de tudo, a solidariedade social, em vias de degradação, e as fontes do equilíbrio da natureza, em vias de esgotamento. Ora, as forças da solidariedade social contemporânea só podem ser regeneradas através das práticas de autodeterminação comunicativa.

O projeto de realização do direito, que se refere às condições de funcionamento de nossa sociedade, portanto de uma sociedade que surgiu em determinadas circunstâncias históricas, não pode ser mera-

92 Preuss, (1990), 64.

93 Preuss, (1990), 73.

mente formal. Todavia, divergindo do paradigma liberal e do Estado social, este paradigma do direito não antecipa mais um determinado ideal de sociedade, nem uma determinada visão de vida boa ou de uma determinada opção política. Pois ele é formal no sentido de que apenas formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los. Evidentemente, o paradigma procedimental do direito nutre a expectativa de poder influenciar, não somente a autocompreensão das elites que operam o direito na qualidade de especialistas, mas também a *de todos* os atingidos. E tal expectativa da teoria do discurso, ao contrário do que se afirma muitas vezes, não visa à doutrinação, nem é totalitária. Pois o novo paradigma submete-se às condições da discussão contínua, cuja formulação é a seguinte: na medida em que ele conseguisse cunhar o horizonte da pré-compreensão de todos os que participam, de algum modo e à sua maneira, da interpretação da constituição, toda transformação histórica do contexto social poderia ser entendida como um desafio para um reexame da compreensão paradigmática do direito. Esta compreensão, como aliás o próprio Estado de direito, conserva um núcleo dogmático, ou seja, a idéia da autonomia, segundo a qual os homens agem como sujeitos livres na medida em que obedecem às leis que eles mesmos estabeleceram, servindo-se de noções adquiridas num processo intersubjetivo. Contudo, esta idéia é “dogmática” num sentido *sui generis*. Pois nela se expressa uma tensão entre facticidade e validade, a qual é “dada” através da estrutura lingüística das formas de vida sócio-culturais, as quais *nós*, que formamos nossa identidade em seu seio, não podemos eludir.

ESTUDOS PRELIMINARES E COMPLEMENTOS

I. DIREITO E MORAL (Tanner Lectures 1986)*

Primeira aula: como é possível a legitimidade através da legalidade?

Max Weber interpreta as ordens estatais das sociedades ocidentais modernas como desdobramentos da “dominação legal”. Porque a sua legitimidade depende da fé na legalidade do exercício do poder. Segundo ele, a dominação legal adquire um caráter racional, pois a fé na legalidade das ordens prescritas e na competência dos que foram chamados a exercer o poder não se confunde simplesmente com a fé na tradição ou no carisma, uma vez que ela tem a ver com a racionalidade que habita na forma do direito e que legitima o poder exercido nas formas legais.¹ Esta tese desencadeou grande discussão. E, durante o seu desenrolar, Max Weber introduziu um conceito positivista do direito, segundo o qual direito é aquilo que o legislador, democraticamente legitimado ou não, estabelece como direito, seguindo um processo institucionalizado juridicamente. Sob esta premissa, a força legitimadora da forma jurídica não deriva de um possível parentesco com a moral. Isso significa que o direito moderno tem que legitimar o poder exercido conforme o direito, apoiando-se exclusivamente em qualidades formais próprias. E, para fundamentar essa “racionalidade”, não se pode apelar para a razão prática no sentido de Kant ou de Aristóteles. Isso significa, para Weber, que o direito dispõe de uma racionalidade própria, que não depende da moral. Aos seus olhos, a confusão entre moral e direito pode, inclusive, colocar em risco a racionalidade do direito e, com isso, o fundamento

1 Max Weber. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Colônia, 1964, Cap. III, 2, 160ss

* Tradução inglesa in *The Tanner Lectures on Human Values*, Vol. VIII, Salt Lake City, 1988, 217-280.

da legitimidade da dominação legal. Segundo ele, todas as correntes contemporâneas que “materializam” o direito formal burguês são vítimas desta moralização fatal.

Hoje em dia está em andamento um debate sobre a “juridificação”, o qual toma como ponto de partida o diagnóstico weberiano.² Por isso, eu gostaria de retomar esse contexto, a fim de desenvolver minhas considerações sobre o direito e a moral, abordando os seguintes pontos: I) Em primeiro lugar, recordarei a concepção weberiana acerca da materialização do direito, a fim de elaborar as idéias morais implícitas, que não se conciliam com o seu ceticismo em relação a valores. II) Numa segunda parte, abordarei três posições que se destacam no debate que se desenrola atualmente na Alemanha sobre a transformação das formas do direito, a fim de aglutinar argumentos mais apropriados ao conceito de racionalidade do direito. III) Finalmente, desenvolverei resumidamente a tese, segundo a qual a legalidade tem que extrair sua legitimidade de uma racionalidade procedimental com teor moral. Esta racionalidade resulta de um entrelaçamento entre dois tipos de “processos”, pois argumentações morais são institucionalizadas com o auxílio de meios jurídicos. Contudo, apesar de seu caráter normativo, minhas abordagens não pretendem configurar uma teoria do direito, e sim uma teoria da sociedade.

I. O conceito weberiano de racionalidade do direito

1

Os processos de juridificação, típicos do atual Estado social, equivalem, de certa forma, à materialização do direito formal burguês, descrita por Weber. Não se trata apenas de um crescimento quantitativo, nem de uma intensificação de prescrições jurídicas numa sociedade cada vez mais complexa.³ As necessidades de intervenção de um aparelho estatal ativo, ao mesmo tempo regulador e compensador, fazem com que

as funções e estruturas internas do sistema jurídico se modifiquem. O *medium* do direito passa a ser utilizado num âmbito maior e a forma do direito se modifica sob os imperativos de um *novo tipo* de utilização.

O próprio Weber chamara a atenção para o direito regulador do Estado social. Esse direito é instrumentalizado para as tarefas estruturadoras de um legislador que pretende preencher as exigências de justiça social, lançando mão de compensações, de regulamentações estabilizadoras e de intervenções transformadoras: “*Com o despertar dos modernos problemas de classes, uma das partes interessadas no direito (a saber, a classe operária) formula exigências materiais ao direito, enquanto a outra parte, formada pelos ideólogos do direito ... exige um direito social na base de postulados éticos patéticos ('justiça', 'dignidade humana'). Isso, porém, coloca basicamente em questão o formalismo do direito*”.⁴ Aqui entram em cena os conceitos weberianos “formal” e “material”, que polarizam a discussão que se desenrola até hoje; no entanto, ela segue numa direção falsa porque, na opinião dele, as demandas por justiça “material”, ao serem introduzidas no *medium* do direito, destroem sua “racionalidade formal”. Weber comprova sua tese, utilizando principalmente exemplos do direito liberal privado, cuja função era garantir, através de leis públicas, abstratas e gerais, a vida, a liberdade e a propriedade dos sujeitos de direito que celebram acordos. De fato, esse *corpus* produziu novos direitos privados especiais. Tendências de materialização podem ser constatadas, por exemplo, no direito social, no direito do trabalho, do cartel e da sociedade.⁵

Essas tendências podem ser descritas como “materialização”, quando se toma como ponto de partida a compreensão *formalista* do direito que se impôs na Alemanha através da jurisprudência e da ciência das pandectas. Weber explica as qualidades formais do direito, nitidamente sublinhadas nesta tradição, como resultado do trabalho dogmático doutrinário de especialistas em direito com formação acadêmica. Os especialistas em direito velam por um “formalismo do direito” em três aspectos: Em primeiro lugar, a estruturação

2 F. Kübler (ed.). *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*. Baden-Baden, 1984 e Frankfurt/M., 1985; A. Görlitz, R. Voigt. *Rechtspolitik*. Hamburgo, 1985.

3 R. Voigt (ed.). *Abschied vom Recht?* Frankfurt/M., 1983.

4 Weber, (1964), 648.

5 G. Teubner. “Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege”, in Kübler, (1984), 289ss; *id.* (ed.). *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlim, 1986.

sistemática de um *corpus* de proposições jurídicas claramente analisadas coloca as normas vigentes numa ordem visível e controlável. Em segundo lugar, a forma da lei abstrata e geral, não configurada para contextos particulares especiais, nem dirigida a destinatários determinados, confere ao sistema de direitos uma estrutura uniforme. E, em terceiro lugar, a vinculação da justiça e da administração à lei garante uma aplicação ponderada e conforme ao processo, bem como uma implementação confiável dessas leis. A partir daí, é possível entender os desvios em relação a esse modelo liberal como perda das qualidades formais do direito. A tendência à juridificação, inerente ao Estado social, torna insustentável, não somente a imagem clássica do sistema do direito privado, como também a idéia de uma separação clara entre direito privado e público, excluindo também a hierarquia entre norma fundamental e simples lei. Cai por terra também a ficção de um sistema jurídico bem ordenado. E a unidade das normas do direito em seu todo só pode ser percebida, caso a caso, por uma pré-compreensão reconstrutiva, guiada por princípios, a qual não está objetivada enquanto tal, no texto da lei.⁶ E, de fato, programas finalísticos, orientados pelas consequências, reprimem as formas jurídicas que se orientam pela regra, na medida em que a normatização do direito programa intervenções políticas na sociedade, cujos efeitos não podem ser previstos com facilidade. Não somente fatos concretos, mas também objetivos abstratos podem adotar a linguagem da lei; e características que antes eram exteriores ao direito são assumidas cada vez mais nas determinações jurídicas. Finalmente, esse “aumento da importância da finalidade no direito” (Ihering) afrouxa a ligação legal entre a justiça e a administração, tida anteriormente como evidente. Os tribunais têm que trabalhar com cláusulas gerais e, ao mesmo tempo, fazer jus ao maior grau de variação de contextos, bem como à maior interdependência de proposições jurídicas subordinadas. Algo semelhante vale também para uma prática administrativa “situada”.

Antigamente, quando as qualidades formais do direito se caracterizavam pela sistematização do corpo jurídico, pela forma da lei abstrata e geral e pelos processos estritos, que limitavam os juízos dos juizes e funcionários, essa visão era obtida graças a uma forte estilização; porém as transformações do sistema jurídico, surgidas com o

6 Teubner, (1984), 300ss.

Estado social, estremeceram a autocompreensão liberal do direito formal. Nesta medida, é possível falar, em sentido descritivo, de uma “materialização” do direito. Para atribuir a esta expressão um sentido crítico, Max Weber estabeleceu duas relações esclarecedoras: a) a racionalidade do direito está fundamentada nas suas qualidades formais; b) a materialização configura uma moralização do direito, isto é, a introdução de pontos de vista da justiça material no direito positivo. Disso resultou a afirmação crítica, segundo a qual, o estabelecimento de um nexos interno entre direito e moral destrói a racionalidade que habita no *medium* do direito enquanto tal.

2

Esta idéia pressupõe que as qualidades formais do direito, que Max Weber toma de empréstimo à compreensão formalista do direito, são “racionais” num sentido rigorosamente neutro do ponto de vista moral. Convém, pois, recordar os três significados que Weber confere ao termo “racional”.⁷

Em primeiro lugar, ele parte de um conceito amplo de técnica, que inclui o sentido de técnica de oração, de pintura, de educação, etc., a fim de mostrar que aquilo que em geral segue uma regra é importante para uma certa racionalidade do agir. Padrões de comportamento confiavelmente reproduzíveis podem ser previstos. E, quando se trata de regras técnicas e perfectíveis da dominação da natureza e do material, a *racionalidade geral de regras* assume o significado mais estrito de racionalidade instrumental. *Em segundo lugar*, Weber fala em *racionalidade de fins*, quando não se trata mais da aplicação regulada de meios, mas da seleção de fins, tendo em vista valores dados preliminarmente. Sob este aspecto, uma ação pode ser racional na medida em que não for comandada por afetos cegos ou por tradições nativas. Para Weber, as orientações valorativas são preferências dotadas de conteúdo, que se orientam para valores materiais, precedendo as decisões de sujeitos que agem em termos de racionalidade finalística, não sendo possível fundamentá-las. Um exemplo disso pode ser encontrado nos interesses particu-

7 J. Habermas. *Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt/M., 1981, Vol. 1, 239ss.

lares que os sujeitos do direito privado defendem no intercâmbio econômico. Em terceiro lugar, Weber também considera racionais os resultados do trabalho intelectual de especialistas, os quais enfrentam analiticamente os sistemas simbólicos tradicionais, tais como, por exemplo, as cosmovisões religiosas, as idéias morais e jurídicas. Tais realizações doutrinárias são expressão de um pensamento *científico-metódico*, que tornam o saber ensinável mais complexo e específico.

Tendo em vista a racionalidade da regra, a racionalidade da escolha e a racionalidade científica, as qualidades formais do direito, acima citadas, podem ser descritas como “racionais” num sentido moralmente neutro. Ora, a estruturação sistemática do corpo do direito depende: a) da racionalidade científica de especialistas; b) de leis públicas, abstratas e gerais que asseguram espaços de autonomia privada para a busca racional – em termos de fins – de interesses subjetivos; c) da institucionalização de processos para o emprego estrito e a implementação dessas leis, possibilitando a ligação, conforme a regras, portanto calculável, entre ações, fatos e consequências jurídicas, especialmente nos negócios organizados no âmbito do direito privado. Por conseguinte, a racionalidade do direito formal burguês derivaria de três tipos de qualidades formais. Porém não temos certeza se esses aspectos da racionalidade são realmente capazes de conferir força legitimadora à legalidade de um poder exercido conforme o direito!

Um olhar lançado sobre o movimento dos operários na Europa e sobre as lutas de classes no século XIX ensina que as ordens políticas que mais se aproximavam dos modelos de um poder racionalizado em termos do direito formal não eram tidas como legítimas – a não ser pelas camadas mais privilegiadas da sociedade e por seus ideólogos liberais. À luz de uma crítica liberal e de uma avaliação mais detida, a legitimidade do direito formal burguês não resulta das características “racionais” fornecidas e sim, quando muito, de implicações morais, que podem ser inferidas dessas características com o auxílio de outras proposições empíricas que traduzem a estrutura e a função da ordem econômica.

3

Se percorrermos as três determinações da racionalidade em ordem inversa, descobriremos que isso vale, em primeiro lugar, para a segurança jurídica, na medida em que ela é garantida na base de leis gerais e abstratas, através de processos estritos da justiça e da

administração. Suponhamos que as condições empíricas para uma garantia universal e simétrica da segurança jurídica estão preenchidas. Então é preciso considerar que a segurança jurídica, no sentido de que é possível prognosticar intervenções na vida, liberdade e propriedade, constitui um “valor” que concorre com outros valores – por exemplo, com a participação, em igualdade de chances, nas decisões políticas, ou com a distribuição equitativa das compensações sociais. O próprio Hobbes já tivera em mente uma maximização da segurança jurídica ao obrigar o soberano a emitir as ordens através do *medium* do direito. Todavia, o lugar privilegiado que esse valor ocupa no direito formal burguês não se justifica pelo fato de a calculabilidade das consequências jurídicas das próprias ações ser *funcional* para a organização do intercâmbio social numa economia de mercado. A questão de saber, por exemplo, se certas políticas do Estado social, que só podem ser realizadas com o auxílio de conceitos jurídicos indeterminados, deveriam ser obtidas numa certa medida às custas da calculabilidade de decisões judiciais, é uma questão de ponderação moral de princípios distintos. Tais colisões têm que ser decididas sob o ponto de vista moral da possibilidade de universalização de interesses.

Com isso, atingimos, em segundo lugar, a questão da qualidade formal das leis. A forma clássica da lei abstrata e geral não legitima um poder exercido em tais formas pelo simples fato de esse poder preencher certas exigências funcionais para a busca autônoma, privada e racional, de interesses próprios. De Marx até Macpherson⁸ sempre se sinalizou que esse tema só pode ser ventilado, se cada um tiver as mesmas chances de acesso às *opportunity-structures* de uma sociedade de mercado – e, mesmo assim, sob o pressuposto de que não haja uma alternativa desejável para as formas de vida cunhadas através de mecanismos monetários e burocráticos. No entanto, programas de leis, dirigidos por regras, têm uma vantagem real face a programas de fins, pois a generalidade semântica os aproxima da igualdade perante a lei. E, devido ao seu caráter abstrato, e na medida em que os fatos regulados são gerais e não tocados em seu conteúdo essencial pelos contextos cambiantes, eles chegam a corresponder ao princípio mais

8 C. B. Macpherson. *Die politische Theorie des Besitzindividualismus*. Frankfurt/M., 1967.

amplo, segundo o qual aquilo que é igual tem que ser tratado de modo igual e o que é diferente tem que ser tratado de modo diferente. Constatamos, pois, contra a argumentação funcionalista de Weber, que a forma de leis gerais e abstratas só pode ser justificada como racional à luz desses princípios que possuem um conteúdo moral. (Não se deve concluir, a partir daí, que uma ordem jurídica só poderia satisfazer aos princípios da igualdade da aplicação e do conteúdo do direito na forma de leis públicas, abstratas e gerais).

A terceira qualidade formal, isto é, a construção científica e metódica de um corpo jurídico, configurado sistematicamente, também não é capaz, por si só, de explicar a eficácia legitimadora da legalidade. Por maior que seja a autoridade reclamada pelas ciências na sociedade moderna, as normas do direito não se tornam legítimas a partir do momento em que os seus significados e conceitos são explicitados, sua consistência é examinada e os motivos uniformizados. O trabalho profissional da doutrina jurídica pode dar uma contribuição para a legitimação somente quando e na medida em que ajudar a satisfazer a necessidade de fundamentação, a qual surge na medida em que o direito como um todo se transforma em direito positivo. Na visão de seus destinatários e de seus administradores, a modificabilidade do direito positivo só pode ser combinada com a pretensão à validade legítima, na medida em que eles puderem supor que as modificações do direito e os seus desdobramentos em contextos modificados podem ser fundamentados sobre princípios evidentes. As contribuições de sistematização dos juristas profissionais chamaram a atenção para o modo pós-tradicional da validade do direito. Ou seja, no direito positivo, as normas perderam, em princípio, a validade consuetudinária. Por isso, as proposições jurídicas singulares têm que ser fundamentadas como componentes de uma ordem jurídica que resulta de princípios, sendo que os próprios princípios podem colidir entre si, estando expostos a um exame discursivo. Entretanto, neste nível da discussão normativa, reaparece uma racionalidade que se aproxima mais da razão prática de Kant do que de uma racionalidade científica – a qual também não é neutra moralmente.

Em síntese, podemos constatar que as qualidades formais do direito, pesquisadas por Weber, sob condições sociais especiais, só poderiam ter garantido a legitimidade da legalidade na medida em que se tivessem comprovado como “racionais” num sentido prático

moral. Weber não reconheceu esse núcleo moral do direito formal burguês enquanto tal, porque ele sempre entendeu as idéias morais como orientações valorativas subjetivas; os valores eram tidos como conteúdos não racionalizáveis, inconciliáveis com o caráter formal do direito. Ele não fez distinção entre valores que, no interior de determinadas tradições e formas culturais de vida, se *recomendam* como mais importantes que outros valores, e a validade deontológica de normas que *obrigam* indistintamente todos os destinatários. Ele não introduziu uma linha demarcatória entre os variados conteúdos valorativos concorrentes e o aspecto formal da obrigatoriedade ou validade de normas, a qual não varia com o conteúdo das normas. Numa palavra, ele não levou a sério o formalismo ético.

4

Isso se depreende do modo como Weber interpreta o moderno direito racional, que ele contrapõe ao “direito formal” positivado. Ele pensa “que não pode haver um direito natural puramente formal”, pois “*A natureza e a razão são a medida material para aquilo que é legítimo...*”⁹ É preciso reconhecer que as teorias do direito natural, de Hobbes até Rousseau e Kant, mantêm certas conotações metafísicas. Rousseau e Kant, todavia, através de seu modelo de um contrato social que permite aos parceiros do direito regular democraticamente a sua convivência, por serem livres e iguais, fazem jus à exigência metódica de uma fundamentação procedimental do direito. Nesta tradição moderna, as expressões “natureza” e “razão” não representam conteúdos metafísicos; elas servem, ao invés disso, para explicar os pressupostos que possibilitam força legitimadora de um acordo. Tal modelo contratual permite deduzir condições procedimentais para uma formação racional da vontade. Mais uma vez, porém, Weber não separa com suficiente clareza os aspectos estruturais dos de conteúdo. Isso o leva a confundir “natureza” e “razão” com *conteúdos* de valor, dos quais o direito formal teria se separado. Ele equipara equivocadamente as qualidades procedimentais de um nível de fundamentação pós-tradicional às orientações valorativas materiais. Por isso, ele não percebe que o modelo do contrato social, do mesmo modo que o imperativo

9 Weber, (1964), 638.

categorico, pode ser entendido como proposta para um processo, cuja racionalidade garante a correção de qualquer tipo de decisão tomada conforme um procedimento.

Neste ponto, a referência às teorias procedimentalistas da moral e do direito visa apenas esclarecer por que os limites entre o direito e a moral não podem ser estabelecidos unicamente com o auxílio dos conceitos “formal” e “material”. As considerações que tecemos levam, ao invés disso, à conclusão de que a legitimidade da legalidade não pode ser explicada a partir de uma racionalidade autônoma inserida na forma jurídica isenta de moral; ela resulta, ao invés disso, de uma relação interna entre o direito e a moral. Isso vale inicialmente para o modelo do direito formal burguês, que se cristaliza em torno da forma semântica da lei abstrata e geral. E as qualidades formais desse tipo de direito só oferecem argumentos legitimadores à luz de princípios dotados de conteúdo moral. Ora, pode até ser correto afirmar que a mudança na forma do direito, descrita por Weber sob o tópico da “materialização”, elimina a base de sustentação desses argumentos. Porém, com isso, não se prova que o direito materializado não possui qualidades formais das quais não se possa deduzir, pelo caminho da analogia, argumentos legitimadores. Ao contrário, a mudança da forma do direito exige uma radicalização da questão weberiana acerca da racionalidade que habita no *medium* do direito. Pois o direito formal e o não-formal constituem, desde o início, variantes distintas, nas quais se manifesta o mesmo direito positivo. O “formalismo” do direito, que é comum a esses dois tipos especiais de direito, tem que estar situado num nível mais abstrato. Somos levados a falácias concretistas, quando pretendemos amarrar o formalismo do direito em geral a propriedades de determinado modelo histórico, ou seja, ao modelo do direito formal burguês.

Nos modernos sistemas jurídicos, é central o conceito de *processo* institucionalizado juridicamente. No entanto, esse conceito tem que ser manipulado de modo tolerante, não podendo ser confundido com um forma especial do direito. H. L. A. Hart e outros mostraram que sistemas de direito modernos contêm não apenas normas diretas de comportamento e de castigo, mas também normas secundárias de organização e de autorização que servem para institucionalizar processos da legislação, da jurisdição e da administração.¹⁰ Deste modo,

10 H. L. A. Hart. *Der Begriff des Rechts*. Frankfurt/M., 1978.

a própria produção de normas é submetida a normas. Um modo de operar determinado procedimentalmente, porém indeterminado do ponto de vista do conteúdo, torna possível o surgimento pontual de decisões jurídicas obrigatórias. Além disso, é preciso considerar que esses processos colocam as decisões sob a necessidade de uma fundamentação. Desta forma se institucionalizam discursos jurídicos que operam nos limites exteriores do processo jurídico e sob as *limitações internas* da produção argumentativa de bons argumentos.¹¹ As respectivas regras de argumentação não colocam a construção e a avaliação de argumentos na dependência do arbítrio dos envolvidos. Por seu turno, eles só podem ser modificados argumentativamente. Finalmente, é preciso considerar que os discursos jurídicos, independentemente do modo como se ligam ao direito vigente, não podem mover-se num universo fechado de regras jurídicas univocamente fixadas. Isso é uma consequência da própria estratificação do direito moderno em regras e princípios.¹² O direito constitucional revela que muitos desses princípios possuem uma dupla natureza: moral e jurídica. Os princípios morais do direito natural transformaram-se em direito positivo nos modernos Estados constitucionais. Por isso, a lógica da argumentação permite ver que os caminhos de fundamentação, institucionalizados através de processos jurídicos, continuam abertos aos discursos morais.

Por conseguinte, se as qualidades formais do direito são encontráveis na dimensão dos processos institucionalizados juridicamente, e se esses processos regulam discursos jurídicos que, por seu turno, são permeáveis a argumentações morais, então pode-se adotar a seguinte hipótese: a legitimidade pode ser obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. A legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à sua própria racionalidade procedimental.

11 R. Alexy. *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt/M., 1978.

12 R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass., 1977, Cap. 2, 3.

II. A “desformalização” do direito à luz de três interpretações diferentes

1

Max Weber tomava como base de orientação uma compreensão formalista do direito, que hoje é posta em questão pela pesquisa histórica. Na Alemanha do final do século XIX, como em qualquer outro lugar, o modelo liberal não tinha muito a ver com a realidade do direito. Além disso, vinculação automática da justiça à lei, por exemplo, nunca se concretizou.¹³ Mesmo assim, a atualidade incontestada do diagnóstico weberiano não é fruto do acaso. Pois a tese relativa à desformalização do direito comprovou-se como enunciado *comparativo* sobre uma tendência existente na autocompreensão e na prática dos especialistas em direito. Inclusive o surgimento de novos fenômenos, que Weber não pôde observar, confirma seu diagnóstico.

(a) *Direito reflexivo*. Weber tinha diante dos olhos a re-orientação do direito formal para programas finalísticos. No entanto, o exemplo do direito tarifário mostra que, ao lado disso, surgiu um outro tipo de direito desformalizado. Eu me refiro à delegação do poder de negociação para partidos em disputa e a introdução de processos quase-políticos da formação da vontade e do compromisso.¹⁴ Com esse tipo de regulação, o legislador não quer mais atingir imediatamente objetivos concretos; ao invés disso, as normas procedimentais que orientam o processo devem colocar os envolvidos em condições de regular seus assuntos por conta *própria*. Esse modo reflexivo de desformalização em dois degraus tem a vantagem de uma maior flexibilidade, propiciando, ao mesmo tempo, maior autonomia dos destinatários do direito. Entrementes, esse direito reflexivo expandiu-se à sombra de eventos corporativistas.

(b) *Marginalização*. A pesquisa acerca da implementação, realizada nas últimas décadas, expôs as “lacunas” que surgem entre o teor e os efeitos dos programas jurídicos. Em muitos domínios de

ação, o direito não goza de obrigatoriedade. A consciência da marginalidade é provocada, em parte, pelas pesquisas desenvolvidas pelas ciências sobre fatos até o momento desconhecidos. Porém deve-se acrescentar outros fenômenos, especialmente: o caráter cada vez mais experimental da regulação teleológica de processos complexos; a crescente sensibilidade do legislador aos problemas de exequibilidade ou de aceitação; a assimilação do direito penal a formas do controle social. A substituição da execução da pena estatal através de convênios privados, o acordo negociável entre criminoso e vítima, e fatos semelhantes, fortalecem a “erosão das normas” e a tendência a uma questionável “orientação pelo consenso”.¹⁵ Isso tudo tira do direito atual um pouco do seu caráter clássico de direito coercitivo.

(c) *Imperativos funcionais*. O conceito do direito “regulador” revela que nós entendemos a tendência de juridificação no Estado social como instrumentalização do direito para fins do legislador político. Com isso, porém, atribui-se às intenções dos atores aquilo que eles frequentemente realizam mais ou menos inconscientemente enquanto agentes de um aparelho estatal cada vez mais complexo ou sob a pressão dos imperativos sistêmicos de uma economia, ao mesmo tempo independente e carente de estabilização. Na própria jurisprudência existem pontos de vista normativos subordinados “às razões de uma política da ordem”, aos imperativos de manutenção de instituições estatais ou aos imperativos de regulação de mercados. Na concorrência entre direitos, de um lado, e bens coletivos, de outro, conseguem impor-se exigências funcionais de subsistemas regulados pelo dinheiro e pelo poder, os quais não se integram mais através de normas e valores.

(d) *Moralidade versus positividade do direito*. Com a crescente mobilização do direito, agudiza-se a questão acerca das condições de legitimidade da legalidade. De certo modo e com velocidade crescente, o direito positivo detona seus próprios fundamentos de validade. A cada mudança de governo, novos interesses tornam-se maioria, atingindo, por exemplo, o direito tributário, da família ou do aluguel.

13 R. Ogorek. *Richterkönig oder Subsumtionsautomat. Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*. Munique, 1986.

14 G. Teubner. “Substantive and Reflexive Elements in Modern Law”, in *Law and Society Review*, 17, 183, 239ss.

15 W. Naucke. *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*. Stuttgart, 1985; *id.*, *Versuch über den aktuellen Stil des Rechts*. Schriften der H. Ehler-Akademie, Kiel, 1986.

E, contrapondo-se paradoxalmente a esse movimento, existe outra tendência, a qual, em nome de um direito moralizado, apela para o direito “correto”, na forma de desobediência civil ou em questões do aborto, do divórcio, da proteção do meio ambiente, etc. Isso também é fruto de razões sistemáticas. Pois princípios morais, procedentes do direito racional, compõem hoje em dia o direito positivo. Por isso, a interpretação da constituição assume cada vez mais a figura de uma filosofia do direito. Nesse contexto, W. Naucke alude ironicamente à “administração jurídica do direito natural”.¹⁶

Todas estas tendências podem ser colocadas sob o item da “desformalização” do direito. Ao mesmo tempo, porém, elas são objeto da crítica do direito, sob o item pejorativo da “juridificação”. Neste ponto também, o debate atual toma Weber como ponto de partida, pois seu questionamento da racionalidade da forma do direito visava a medidas para um direito, ao mesmo tempo correto e funcional. Nesta medida, sua discussão ajuda a entender os problemas que envolvem a legitimidade decorrente da legalidade. Nas páginas seguintes, abordarei três posições, lançando mão de exemplos extraídos da cultura jurídica alemã e sem me preocupar com eventuais correspondências com o direito americano. As três posições têm em comum a perspectiva dos atingidos, a partir da qual eles analisam internamente o sistema do direito.¹⁷ Implicitamente, a discussão alemã também é afetada pela querela envolvendo a deformação do direito durante o período nazista. Dependendo do modo como esta é interpretada, alguns revelam maior confiança na justiça e na administração, outros, no legislador parlamentar. Esta polarização tem a vantagem de dirigir o olhar para os três poderes do Estado e de não centrar as condições de legitimidade do poder legal na jurisdição.

2

A controvérsia conduzida no início dos anos 50 pelos protagonistas Ernst Forsthoff e Wolfgang Abendroth, e que tinha como tema

o Estado de direito e o Estado social, reflete o trabalho de elaboração das experiências históricas vividas na época do regime nazista.¹⁸ Essa controvérsia situa-se na linha de debates realizados outrora, durante a época de Weimar, entre Carl Schmitt, Hans Kelsen e Hermann Heller.¹⁹ Em nosso contexto, é importante sublinhar que Forsthoff desenvolveu a crítica formalista de Weber ao direito, utilizando-se dos meios da dogmática jurídica. Ele pretende enfrentar as tendências de desformalização, canalizando as tarefas sociais de estruturação, advindas à legislação e à administração no Estado social, para formas do Estado de direito clássico. O princípio do Estado social, adotado pela Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, não pode assumir o *status* constitucional, nem tocar a estrutura formal do Estado de direito. A lógica liberal do Estado de direito é, por seu turno, determinada pela forma da lei pública, abstrata e geral. Enquanto o legislador político perseguir apenas os objetivos que ele pode transpor para programas jurídicos dirigidos por regras, fica assegurada a previsibilidade de uma justiça independente e de uma administração eficaz. Um Estado ativo que intervisse no *status quo* da sociedade através de uma administração planejadora e executora deformaria o Estado de direito. Existe uma premissa, segundo a qual a legitimidade do Estado de direito depende essencialmente da forma semântica da lei; Lon Fuller a analisou detalhadamente e a definiu como “*moralidade interna do direito*”.²⁰

A fraqueza desta posição reside no seu caráter puramente defensivo. Forsthoff sabe que houve “uma correspondência estrutural entre o Estado de direito liberal e a sociedade econômica liberal”. E, perante a mudança estrutural ocorrida na sociedade, ele tem que emitir um juízo não realista, afirmando que as estruturas do Estado de direito se soltam de seu contexto social de surgimento, formando um “sistema constitucional técnico” independente. Forsthoff não consegue explicar como a tendência à juridificação, existente no

16 Naucke, (1986), 21.

17 Abordarei a teoria sistêmica do direito na segunda aula. Deixo de lado a interpretação econômica do direito “*Law and Economy*” por considerá-la uma variante do empirismo.

18 E. Forsthoff (ed.). *Rechtstaathlichkeit und Sozialstaatlichkeit*. Darmstadt, 1968.

19 I. Maus. *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus*. Munique, 1980.

20 R. S. Summers, Lon Fuller, Stanford, 1984, 33ss.

Estado social, poderia ser rebobinada para o formato de uma forma legal, há muito tempo solapada, sem renunciar ao compromisso do Estado social.²¹

Parece que o positivismo legal e democrático de seu opositor, Wolfgang Abendroth, é melhor adequado a essa realidade. Sob as premissas do formalismo jurídico de Weber e Forsthoff, o direito regulador do Estado do bem-estar social continua sendo um corpo estranho, uma vez que pouco adiantam compromissos de fórmulas.²² Abendroth, ao contrário, pretende reunir, sob o teto da autodeterminação democrática, o princípio do Estado e as garantias do Estado de direito. A ordem da sociedade está à disposição da formação democrática da vontade do povo em geral. O Estado democrático vale como centro de uma sociedade que se transforma e se autodetermina. A forma do direito serve apenas para transformar políticas de reforma em decisões vinculantes. O direito não possui estrutura *própria*, cuja forma pudesse sofrer modificações. Pois a forma do direito é representada como um estojo ou cápsula plástica que se ajusta a qualquer tipo de ação de regulação por parte da administração. O conceito de lei é despojado, à maneira positivista, de toda e qualquer determinação de racionalidade. O *minimum* ético restante passa da forma semântica da lei para a forma democrática da legislação. Abendroth confia as garantias do Estado de direito à esperança rousseauiana de que um legislador democrático que pretende ser consistente consigo mesmo não venha a tomar resoluções que contradigam o assentimento de todos. Esse ativismo legislativo faz com que Abendroth não consiga ver as coerções sistêmicas do Estado e da economia, nem as formas de decisão específicas da juridificação do Estado social.

3

Entrementes, formou-se uma metacrítica à crítica da juridificação, apoiada na posição de Abendroth. No centro desta crítica, está a consideração de que a substituição do direito formal rígido

por regulações desformalizadas prepara o caminho que permite à justiça e à administração se subtraírem ao poder da legislação e, com isso, da única força legitimadora do *processo* democrático legislativo. Segundo Ingeborg Maus, o direito materializado e determinadas formas do direito reflexivo destroem a clássica separação entre os poderes, porque o avanço de cláusulas gerais e de objetivos indeterminados, de um lado, e a delegação de competências decisórias e de posições de negociação, de outro, dissolvem o vínculo que liga a justiça e a administração à lei democrática.²³ A justiça preenche os espaços ampliados de sua área de decisão com programas de leis e representações valorativas próprias; ao passo que a administração opera no escuro, oscilando entre decisões programadoras e programadas, fazendo a sua própria política. “Arapucas” legais criam uma tênue legitimação para as intervenções da justiça em valorações suprapositivas e para os emaranhados corporativistas e arranjos da administração, a qual se perfila com os interesses mais fortes no momento. Além disso, a adaptação da estrutura jurídica a tal agir administrativo “situado” é estimulada por uma justiça que se orienta pelos casos particulares e pelos valores.

É verdade que esta justiça caminha na direção do formalismo jurídico liberal. Porém ela distingue-se dele através de seus pontos de partida normativos. Mesmo que I. Maus insista em determinações legais bem definidas, que delimitam estritamente o espaço de decisão da justiça e da administração, a racionalidade do Estado de direito não consegue manter sua sede na forma semântica da lei. Só é eficaz, do ponto de vista da legitimação, o *processo democrático* da legislação. Porém, a partir daí, a justiça e a administração podem subtrair-se ao controle legislativo; caso contrário, a linha de argumentação da teoria da democracia perderia sua característica própria, confundindo-se com a liberal. A supremacia da legislação sobre as outras duas formas de função inerentes ao Estado não pode ser analisada, apenas sob o ângulo sociológico, como uma questão do poder. Abendroth ainda tomava como pano de fundo uma análise das classes e a idéia de

21 C. Offe. *Contradictions of the Welfare State*. Londres, 1984.

22 E. R. Huber. “Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft”, in Forsthoff, (1968), 589.

23 I. Maus. “Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen”, in G. Göhler (ed.). *Grundlagen einer Theorie der politischen Institutionen*. Colônia, 1986.

um compromisso de classe, o qual poderia ser dirigido em proveito dos partidos dos trabalhadores, através das formas do Estado social e do Estado democrático de direito. Hoje em dia, porém, desapareceu a confiança em qualquer tipo de visão de mundo, seja ela marxista ou não. Por isso, necessita-se de uma justificativa normativa para fundamentar o postulado do primado do parlamento. E o positivismo legal e democrático de Abendroth é insuficiente para tanto. E, se o vazio deixado pelo conceito positivista da lei não pode mais ser preenchido normativamente pelo interesse privilegiado de uma classe, as condições de legitimação para a lei democrática têm que ser buscadas na própria racionalidade do processo de legislação.

As considerações tecidas até o momento revelam, pois, o desejo interessante de analisar a racionalidade procedimental embutida no processo democrático da legislação, a fim de verificar se é possível extrair dela argumentos para uma legitimidade que se funda na legalidade. Porém, mesmo que esse desejo pudesse ser satisfeito, há pelo menos outro problema a ser resolvido. A partir do momento em que a lei abstrata e geral, que exclui qualquer tipo de indeterminação, não é mais a forma normal e obrigatória dos programas de regulação do Estado social, falta a correia de transmissão capaz de *transmitir* a racionalidade do processo de legislação para os processos da justiça e da administração. E sem o efeito automático de uma vinculação obrigatória da lei, fica-se sem saber como a racionalidade processual de um dos lados poderia copiar a racionalidade processual do outro.

4

Essa questão se transforma, ao menos sob o ângulo da racionalidade da prática de decisão judicial, no ponto de partida de uma terceira linha de argumentação, cujos contornos não são tão bem definidos como os da teoria da democracia e os da crítica jurídica formalista. Há dois tipos de resposta para as questões envolvendo a desformalização do direito: a contextualista e a do direito natural. Antes, porém, convém descrever os fenômenos.

A análise prende-se muito a exemplos tomados da prática de decisão do Tribunal Constitucional Federal, que se ocupa do controle abstrato das normas. Porém o direito social, da família e do trabalho confrontam a jurisdição com matérias que não podem ser tratadas

apenas segundo o padrão clássico do processo do tribunal civil, que subsume o caso a normas.²⁴ As interpretações do direito constitucional revelam claramente que a prática de decisão não se limita a tapar os buracos da lei, tendendo antes a desenvolver o direito de forma construtiva.

Aqui se revela de modo especialmente claro que não há mais preferências pelo modelo do Estado de direito liberal. A barreira que se punha entre a esfera estatal da “realização do bem comum” e o domínio social da busca autônoma e privada do bem individual de cada um foi rompida. Hoje em dia, a constituição se apresenta como uma totalidade dinâmica, onde os conflitos entre bem particular e bem comum têm que ser solucionados sempre *ad hoc*, à luz de princípios constitucionais superiores e à luz de uma compreensão holista da constituição.²⁵ Dissolveu-se a hierarquia que havia entre norma básica e simples lei, do mesmo modo que o caráter regulador dos direitos fundamentais.²⁶ Não existe nenhum direito que não possa ser limitado a partir de considerações de princípio. Por isso, o Tribunal Constitucional Federal estabeleceu o “princípio do efeito recíproco”: dependendo do contexto, qualquer elemento particular da ordem jurídica pode ser interpretado *de modo diferente* a partir da compreensão da “ordem de valores da Lei Fundamental”. Esta antecipação do sentido do todo, guiada por princípios, instaura um escalonamento entre ordem legal e princípios legitimadores, trazendo uma grande insegurança para o direito. E. Denninger fala, inclusive, de uma dissolução do poder legal, isto é, do poder apoiado na legalidade da lei e da medida, através de um “poder apoiado na legitimidade sancionada por intermédio de juízes.”²⁷

24 R. Salgo. “Soll die Zuständigkeit des Familiengerichts erweitert werden?”, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 31, (1984), 221ss.

25 E. Denninger. “Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe”, in Chr. Broda (ed.). *Festschrift für R. Wassermann*. Darmstadt e Neuwied, 1985, 279ss.

26 R. Alexy. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden, 1985 e Frankfurt/M., 1986.

27 Denninger, (1985), 284.

Isso torna a questão da crítica do direito ainda mais precária: será que a justiça pode continuar preenchendo os espaços que se ampliam inevitavelmente, apoiando-se numa razão, ou seja, em argumentos controláveis intersubjetivamente? As reservas conservadoras são motivadas geralmente pela desconfiança em relação a um legislador parlamentar que pode ser seduzido demagogicamente. Essa posição é um reflexo da linha de argumentação da teoria da democracia. Neste ponto, impõe-se uma avaliação especial do regime injusto do Estado nacional-socialista. Uma justiça orientada por princípios jurídicos suprapositivos deve formar um contrapeso ao “positivismo do poder e dos fins” “de maiorias irrefletidas, amedrontadas ou violentadas, incapazes de vislumbrar o direito”.²⁸ E, segundo esse ponto de vista, uma vez que a força legitimadora da vontade democrática comum foi soterrada pelo positivismo jurídico, a legislação tem que submeter-se, não somente ao controle de uma jurisdição vinculada à lei, mas também “às leis superiores de uma justiça material”.²⁹ No entanto, esse apelo à “indisponibilidade” de uma ordem concreta de valores, extraídos do direito natural cristão, de uma ética material de valores, ou do *ethos* cotidiano neo-aristotélico, confirma as suspeitas de Weber, segundo as quais a desformalização do direito abre a porta para orientações materiais discutíveis, cujo núcleo é irracional.³⁰

Os advogados desta prática judicial jusnaturalista e contextualista, apoiada em valores, interpretam as *premissas filosóficas* de Max Weber de outra maneira. Eles colocam no mesmo nível processos, princípios gerais e valores concretos. E concluem que não pode haver uma fundamentação ou avaliação de princípios segundo processos gerais capazes de garantir a imparcialidade, pois o elemento ético geral está sempre embutido em contextos de ação históricos e concretos. Os neo-aristotélicos, em especial, tendem a uma ética institucional que elimina a tensão entre norma e realidade, princípio e regra, anulando

28 F. Wieacker. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. Göttingen, 1967, 560.

29 F. Wieacker, (1967), 604.

30 U. K. Preuss. *Legalität und Pluralismus*. Frankfurt/M., 1973.

a diferença que Kant introduzira entre questões de fundamentação e questões de aplicação, e reduzindo as abordagens morais ao nível de considerações inteligentes.³¹ Nesse nível, impera uma capacidade de julgar puramente pragmática, a qual mistura, de modo intransparente, considerações normativas e funcionais.

O Tribunal Constitucional Federal também não dispõe de critérios que lhe permitam concluir que certos princípios normativos (tais como o tratamento igual ou a dignidade humana) e metódicos (tais como a adequação e a proporção) são mais importantes que certos imperativos formais (paz nas empresas, agilidade das forças armadas ou da assim chamada reserva de possibilidades). Quando direitos individuais e bens coletivos são agregados e transformados em valores equivalentes, as idéias teleológicas, deontológicas e sistêmicas se entrelaçam de modo ambíguo. E cresce a suspeita de que o choque entre essas preferências valorativas, não racionalizáveis, privilegia os interesses mais fortes. Essa circunstância esclarece também por que é relativamente fácil prever o final de processos judiciais quando nos apoiamos em princípios da teoria do poder e dos interesses.

Essa terceira linha de argumentação é interessante, porque chama a atenção para um problema ainda não solucionado. Ao tomar como exemplo o modo como o judiciário trata o direito desformalizado, ela mostra que não se pode negar nem anular uma evidente moralização do direito, vinculada internamente com a tendência de juridificação existente no Estado social. O direito natural, renovado pelo cristianismo ou pela ética dos valores, e o neo-aristotelismo não sabem o que dizer sobre isso, porque suas interpretações são incapazes de elaborar o núcleo racional da prática procedimental dos tribunais. Éticas envolvendo bens ou valores caracterizam respectivamente *conteúdos* normativos especiais: suas premissas normativas são por demais fortes para serem tomadas como fundamentos para decisões *obrigatórias em geral*, numa sociedade moderna caracterizada pelo pluralismo das visões religiosas. Somente as teorias da justiça e da moral ancoradas no procedimento prometem um processo *imparcial* para a fundamentação e a avaliação de princípios.

31 H. Schnädelbach. “Was ist Neoaristotelismus?”, in W. Kuhlmann (ed.). *Moralität und Sittlichkeit*. Frankfurt/M., 1986, 38ss.

III. Questões prévias sobre a racionalidade de processos institucionalizados através do direito

I

Em sociedades semelhantes à nossa, a legitimidade configurada através da legalidade implica a fé numa legalidade destituída das certezas coletivas da religião e da metafísica e apoiada, de certa forma, na “racionalidade do direito”. Todavia, não se confirmou a opinião de Weber, segundo a qual uma racionalidade autônoma e isenta de moral, que habita no interior do direito, constitui o fundamento da força legitimadora da legalidade. Um poder exercido nas formas do direito positivo deve a sua legitimidade a um conteúdo moral implícito nas qualidades formais do direito. Todavia, o formalismo do direito não pode ser manietado de modo concretista a determinadas características semânticas. Porque a força legitimadora reside em *processos* que institucionalizam o caminho para seu resgate argumentativo. Além disso, a fonte de legitimação não deve ser procurada apenas na legislação política *ou* na jurisdição. Pois, sob condições da política do Estado social, nem mesmo o legislador democrático mais cuidadoso consegue regular a justiça e a administração, utilizando apenas a forma semântica da lei: ele necessita de um direito regulador. E, para descobrir um núcleo racional – racional no sentido prático moral –, nos processos jurídicos, temos que analisar o modo como a idéia de imparcialidade da fundamentação de normas e da aplicação de regulações obrigatórias cria uma relação construtiva entre o direito vigente, os processos de legislação e os processos da aplicação do direito. Essa idéia da imparcialidade forma o núcleo da razão prática. Quando descuidamos o problema da aplicação imparcial de normas, a idéia da imparcialidade passa a ser desenvolvida inicialmente sob o aspecto da fundamentação de normas nas teorias da moral e da justiça, as quais propõem um processo que permite julgar questões práticas sob o ponto de vista moral. Para saber se tal processo puro, que precede qualquer institucionalização, é racional, é necessário averiguar se nele se expressa adequadamente o *moral point of view*.

Atualmente existem *três candidatos sérios*, em condições de assumir a autoria de tal teoria procedimentalista da justiça. Oriundos da tradição kantiana, eles se distinguem de acordo com os modelos que

tomam para explicar o processo da formação imparcial da vontade.³² John Rawls continua adotando o modelo do acerto contratual e insere, na descrição da posição original, as limitações normativas sob as quais o egoísmo racional dos partidos livres e iguais escolhe os princípios corretos. A justeza dos resultados é assegurada através do procedimento que acompanha seu surgimento.³³ Lawrence Kohlberg, por seu turno, emprega o modelo de G. H. Mead, ou seja, o da reciprocidade geral de perspectivas entrelaçadas entre si. O estado original, idealizado, é substituído pela assunção ideal de papéis, que exige do sujeito que julga moralmente que se coloque na situação de todos os possíveis atingidos pela entrada em vigor de uma norma questionada.³⁴ No meu entender, ambos os modelos não fazem jus à pretensão cognitiva dos juízos morais. Pois, no modelo da celebração de contratos, as idéias morais são *tidas como* decisões racionais livres e, no modelo da assunção de papéis, são *tidas como* atos de entendimento empático. Por isso, Karl-Otto Apel e eu sugerimos tomar a própria argumentação moral como processo adequado para a formação racional da vontade. Ora, o exame de pretensões de validade hipotéticas representa esse processo, pois todo aquele que deseja argumentar seriamente tem que entrar em contato com as suposições idealizadoras de uma forma de comunicação exigente. Todo aquele que se envolve numa prática de argumentação tem que pressupor pragmaticamente que, em princípio, todos os possíveis afetados poderiam participar, na condição de livres e iguais, de uma busca cooperativa da verdade, na qual a única coerção admitida é a do melhor argumento.³⁵

Não posso aprofundar essa discussão moral teórica. E a existência de candidatos sérios, interessados em assumir a autoria

32 J. Habermas. “Gerechtigkeit und Solidarität”, in W. Edelstein, G. Nunner-Winkler (eds.). *Zur Bestimmung der Moral*. Frankfurt/M., 1986.

33 J. Rawls. *Theorie der Gerechtigkeit*. Frankfurt/M., 1975.

34 L. Kohlberg. *The Philosophy of Moral Development*. San Francisco, 1981.

35 J. Habermas. *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*. Frankfurt/M., 1983; K.-O. Apel. *Diskurs und Verantwortung*. Frankfurt/M., 1988.

de uma teoria procedimental da justiça, constitui um indício seguro de que minha tese, segundo a qual o direito procedimentalista depende de uma fundamentação moral de princípios, e vice-versa, não é mera suposição sem fundamento. A legalidade só pode produzir legitimidade, na medida em que a ordem jurídica reagir à necessidade de fundamentação resultante da positivação do direito, a saber, na medida em que forem institucionalizados processos de decisão jurídica *permeáveis* a discursos morais.

2

Não podemos apagar simplesmente as fronteiras que separam o direito da moral. Os procedimentos oferecidos pelas teorias da justiça para explicar como é possível julgar algo sob o ponto de vista moral só têm em comum, com os processos juridicamente institucionalizados, o fato de que a racionalidade dos procedimentos deve garantir a “validade” dos resultados obtidos conforme o processo. Os processos jurídicos aproximam-se mais das exigências de uma racionalidade procedimental completa, uma vez que dependem de critérios institucionais independentes, os quais permitem constatar, na perspectiva de um não-participante, se uma decisão surgiu conforme as regras ou não. Ao passo que o processo dos discursos morais, não regulados juridicamente, não consegue preencher esta condição. Neles, a racionalidade procedimental é incompleta. E, para saber se algo foi julgado sob o ponto de vista moral, é preciso decidir na perspectiva de participantes, pois não existem outros critérios externos ou objetivos. Entretanto, nenhum dos dois tipos de processos pode realizar-se sem idealizações, especialmente sem os pressupostos comunicacionais da prática de argumentação: eles são inevitáveis no sentido de uma coerção transcendental fraca.

A própria fragilidade de tal racionalidade procedimental imperfeita nos faz entender, sob pontos de vista funcionais, por que determinadas matérias têm que ser reguladas pelo direito e não pelas regras morais pós-tradicionais. Pouco importa a feição do procedimento escolhido para examinar se uma norma poderia encontrar o assentimento racionalmente motivado de todos os possíveis envolvidos: ele não garante a infalibilidade, nem a univocidade e, menos ainda, o surgimento do resultado no prazo devido. Para fundamentar normas, uma moral autônoma só dispõe de processos falibilistas. E essa

indeterminação cognitiva aumenta ainda mais, na medida em que uma aplicação de regras abstratas a situações complexas implica uma incerteza estrutural.³⁶ Além disso, a fraqueza cognitiva vem acompanhada de uma fraqueza emocional. Toda a moral pós-tradicional exige um distanciamento, ou seja, ela se afasta das evidências contidas em formas de vida praticadas de modo não-problemático. E nem sempre as idéias morais desacopladas da eticidade concreta do dia-a-dia trazem consigo a força motivadora que permite aos juízos tornarem-se eficazes do ponto de vista prático. Quanto mais a moral se interioriza e se torna autônoma, tanto mais ela se retrai para domínios privados.

Por isso, em todos os domínios de ação onde conflitos, problemas e matérias sociais em geral exigem uma regulação coercitiva, as normas do direito têm que absorver as inseguranças que surgiriam, caso ficassem entregues a uma regulação do comportamento puramente moral. Nesse contexto, K.-O. Apel destaca os problemas da imputabilidade de uma moral universalista pretensiosa.³⁷ Também são imputáveis normas morais bem fundamentadas, porém, somente na medida em que os que orientam sua prática por elas podem esperar que todos os outros também ajam conforme a norma. Pois os argumentos aduzíveis para sua justificação somente contam sob a condição de uma obediência geral a regras. E, como não se pode esperar das idéias morais uma obrigatoriedade geral, eficaz na prática, a ética da responsabilidade julga que a obediência a normas correspondentes só é exigível quando elas atingem o nível da obrigatoriedade jurídica.

Caraterísticas importantes do direito positivo tornam-se compreensíveis, quando o entendemos pelo ângulo da compensação pelas fraquezas da moral autônoma. Expectativas de comportamento juridicamente institucionalizadas adquirem *força vinculante*, quando acoopladas ao potencial de sanção do Estado. Elas se estendem àquilo que Kant caracteriza como sendo o *aspecto exterior* do agir, não abrangendo, pois, os motivos e sentimentos que não podem ser forçados. A *administração profissional* do direito público, fixado por escrito e

36 K. Günther. *Der Sinn für Angemessenheit*. Frankfurt/M., 1988.

37 K.-O. Apel. “Kann der postkantische Standpunkt der Moralität noch einmal in substantielle Sittlichkeit aufgehoben werden?”, in *Id.*, (1988), 103ss.

estruturado sistematicamente, alivia as pessoas privadas do esforço exigido na solução moral de conflitos de ação. Finalmente, o direito positivo deve as suas *caraterísticas convencionais* ao fato de entrar em vigor através das decisões de um legislador político, podendo, pois, ser modificado, em princípio, a qualquer momento.

Por depender da política, o direito possui um aspecto instrumental: diferindo das normas morais, que constituem sempre um fim em si mesmas, as normas jurídicas servem *também* como meio para fins políticos. Elas não existem apenas para solucionar, de modo imparcial, conflitos de ação, como é o caso da moral, mas também para a efetivação de programas políticos. O caráter obrigatório dos objetivos coletivos e das medidas de implementação da política derivam da forma jurídica. O direito situa-se entre a política e a moral: Dworkin demonstra que o discurso jurídico trabalha, não somente com argumentos políticos que visam ao estabelecimento de objetivos, mas também com argumentos de fundamentação moral. Disso ainda nos ocuparemos na segunda aula.

3

A questão acerca da legitimidade da legalidade fez com que o tema do direito e da moral predominasse. Esclarecemos como o direito, exteriorizado de modo convencional, e a moral interiorizada se complementam. Porém não nos interessamos apenas nessa relação complementar, e sim no *entrelaçamento* simultâneo entre moral e direito. Este resulta do fato de que, nas ordens do Estado de direito, lança-se mão de meios do direito positivo, a fim de distribuir os pesos da argumentação e institucionalizar caminhos de fundamentação abertos a argumentações morais. A moral não paira mais *sobre* o direito, como era sugerido pela construção do direito racional, tido como uma série de normas suprapositivas: ela emigra para o direito positivo, sem perder sua identidade. No entanto, a moralidade, que não se contrapõe simplesmente ao direito, uma vez que se estabelece no próprio direito, é de natureza puramente procedimental; ela se despojou de todos os conteúdos normativos determinados, sublimando-se num processo de fundamentação e de aplicação de possíveis conteúdos normativos. De sorte que o direito e a moral procedimentalizada podem controlar-se *mutuamente*. Nos discursos jurídicos, o tratamento argumentativo de questões práticas e morais é domesticado,

de certa forma, pelo caminho da institucionalização do direito, ou seja, a argumentação moral é limitada: a) metodicamente através da ligação com o direito vigente; b) objetivamente, em relação a temas e encargos de prova; c) socialmente, em relação aos pressupostos de participação, imunidades e distribuição de papéis; d) temporalmente, em relação aos prazos de decisão. De outro lado, porém, a argumentação moral também é institucionalizada como um processo aberto que segue a sua própria lógica, controlando sua própria racionalidade. A constituição jurídica não atinge tão profundamente o interior da argumentação, a ponto de ela ser freada nos limites do direito positivo. O próprio direito permite e estimula uma dinâmica de fundamentação, a qual transcende o direito vigente de um modo não determinado por ele.

Essa concepção tem que ser diferenciada evidentemente, levando em conta diferentes contextos da ciência do direito, os discursos dos juízes e dos advogados, e as diferentes áreas temáticas, que abrangem desde questões morais até problemas técnicos. Porém ela pode servir para uma reconstrução crítica da respectiva prática de decisão, o que permite avaliar até que ponto os processos jurídicos abrem espaço para a lógica da argumentação ou simplesmente distorcem o jogo da argumentação através de limitações externas sub-reptícias introduzidas sistematicamente. Tais efeitos não se desenharam apenas nas regras procedimentais do direito, mas também no modo como elas são praticadas. Às vezes, oferece-se uma classe especial de argumentos para tal reconstrução. Por exemplo, na prática de decisão dos juízes, temos fundamentações de juízos que eliminam pontos de vista normativos em benefício de exigências funcionais subentendidas. Esses exemplos revelam, no entanto, que a justiça e o sistema jurídico reagem em relação à sociedade, pois não são independentes em relação a ela. Por isso, para saber se temos que nos dobrar ou não a imperativos do sistema – seja da economia, seja do próprio aparelho do Estado –, mesmo quando ferem ou prejudicam princípios bem fundamentados, não basta apelar para os tribunais, nem para a esfera pública do direito: é necessário entrar também em disputas políticas sobre a linha que separa o sistema do mundo da vida.

Tomamos ciência de que a força legitimadora que habita na racionalidade dos processos jurídicos comunica-se ao poder legal, não somente através das normas de procedimento da decisão judicial, mas também, em primeira linha, através do processo da legislação democrática. À primeira vista, não parece plausível que o processo

parlamentar contenha um núcleo racional no sentido prático-moral. Pois parece que, nele, a busca de poder político e a concorrência entre interesses conflitantes é tão central, que exclui uma reconstrução crítica das controvérsias parlamentares segundo o modelo da negociação equitativa de compromissos, ou da formação discursiva da vontade, permitindo apenas uma análise empírica. Neste ponto, eu não estou em condições de oferecer um modelo satisfatório; no entanto, gostaria de chamar a atenção para as doutrinas constitucionais que seguem um princípio reconstrutivo crítico.³⁸ Nelas, as regras da maioria, as normas do processo parlamentar, o modo de eleição, etc., são analisados tendo em vista o modo como processos de decisão parlamentar podem assegurar a consideração simétrica de todos os interesses envolvidos e de todos os aspectos relevantes de uma matéria sujeita a regulamentação. Eu vislumbro uma fraqueza nestas teorias, não no princípio que se orienta pelo processo, mas no fato de elas desenvolverem seus pontos de vista normativos fora de uma lógica da argumentação moral e fora das condições comunicativas que possibilitam uma formação discursiva da vontade. Além do mais, a formação da vontade intraparlamentar constitui apenas um segmento estreito da vida pública. A qualidade racional da legislação política não depende apenas do modo como majorias eleitas e minorias protegidas trabalham no interior dos parlamentos. Ela depende também do nível de participação e de escolaridade, do grau de informação e da nitidez de articulação de questões polêmicas, em resumo: do caráter discursivo da formação não-institucionalizada da vontade na esfera pública política. A qualidade da vida pública é determinada, em geral, pelas chances concretas abertas pela esfera pública política através de seus meios e estruturas.³⁹ Todavia, o crescimento rápido da complexidade social levanta uma dúvida acerca dessas teorias: parece que elas são por demais ingênuas! Quem presta atenção à crítica das escolas do realismo jurídico, radicalizada pelos *Critical Legal Studies*, tem a impressão de que toda a pesquisa normativa que leva o Estado democrático de direito a sério, e o analisa numa perspectiva interna,

38 J. H. Ely. *Democracy and Distrust*. Cambridge, Mass., 1980.

39 F. Michelman. "Justification (and Justifiability) of Law", in *Nomos*, Vol. XVIII, 1986, 71ss.

recai num idealismo impotente. Na próxima aula, mudarei de perspectiva, passando para o modo de uma teoria da sociedade.

Segunda aula: a idéia do Estado de direito

Ao analisar a hipótese de Max Weber relativa à possibilidade da legitimidade através da legalidade, adotei tacitamente o princípio de uma teoria que descreve o desenvolvimento do direito sob o ponto de vista de sua racionalização. Esse princípio implica um entrelaçamento entre estratégias de pesquisa descritivas e normativas, que não costuma ser encontrado noutra parte. Na história da ciência, existe um jogo semelhante envolvendo a explicação externa de uma mudança de paradigmas e a reconstrução interna dos problemas não solucionados que fazem com que um programa de pesquisa, levado às últimas consequências, degenere no final. A passagem do poder tradicional para o legal é um fenômeno complexo, que exige, antes de mais nada, uma explicação empírica; de outro lado, Max Weber interpreta as qualidades formais do direito na perspectiva interna do desenvolvimento do direito, como resultado de um processo de racionalização.

Até o momento seguimos Weber, neste caminho de reconstrução interna, formulando, no entanto, algumas críticas. Percebemos, em primeiro lugar, que a forma do direito moderno não pode ser descrita como "racional", num sentido moralmente neutro, mesmo quando nossa abordagem leva em conta as premissas do formalismo jurídico. Em segundo lugar, mostramos que a mudança que o direito sofre no Estado social não destrói necessariamente suas qualidades formais em sentido amplo. As qualidades formais podem ser entendidas num sentido mais abstrato, tendo em vista a relação complementar que se estabelece entre o direito positivo e uma justiça entendida de modo procedimental. Em terceiro lugar, esse resultado nos colocou nas mãos o seguinte problema: as medidas de uma racionalidade procedimental extremamente exigente emigram para o *medium* do direito. A partir do momento em que se explicita essa questão implícita acerca do direito, ao mesmo tempo equitativo e funcional, surge a questão mais realista: será que o sistema do direito é capaz de suportar uma tensão mais acentuada, resultante do conflito entre exigências normativas e exigências funcionais em geral, numa sociedade cada vez mais complexa? E a suspeita que se insinua é a de que a autocompreensão idealista de uma justificação moral, a partir de princípios, perde sua

importância para um direito que tem que funcionar em tais circunstâncias.

Muitos encaram esta questão como mero duelo retórico e adotam imediatamente a perspectiva do observador na área da sociologia do direito ou da economia do direito. Ora, aos olhos observadores do cientista social, só é normativamente obrigatório para os participantes envolvidos aquilo que eles *têm como* correto. No entanto, sob este ângulo, a própria fé na legalidade perde seu nexo interno com bons argumentos. E as estruturas de racionalidade, exploradas com intenção reconstrutiva, perdem seu significado. Nesta mudança metódica de perspectivas, a problemática normativa é neutralizada através da pura decisão. Ela é posta de lado, porém pode irromper a qualquer momento. Por isso, considero mais promissora uma reinterpretação funcionalista da problemática normativa. Esta não é descartada *a priori*, porém suplantada pelo caminho de uma descrição interpretadora:

I) Em primeiro lugar, eu pretendo abordar algumas características da teoria sistêmica e funcionalista de Luhmann, chamando a atenção para problemas que constituem um desafio para uma estratégia de esclarecimento. Tomando como ponto de partida o resultado segundo o qual a autonomia do sistema jurídico não pode ser vertida satisfatoriamente em conceitos da teoria do sistema, tentarei, numa segunda parte: II) averiguar em que sentido o direito moderno, que se apóia no direito racional, se diferenciou do complexo tradicional da política, do direito e da moral; III) em terceiro lugar, tentarei descobrir se a idéia do Estado de direito, resultante do desmoronamento do direito racional, é mera ficção impotente, ou se ela pode enraizar-se numa sociedade de grande complexidade, cuja estrutura se modifica aceleradamente.

I. Autonomia sistêmica do direito?

1

A teoria exigente de Luhmann, que entende o direito como um sistema “autopoietico”, pode ser utilizada como crítica ao direito.⁴⁰ Numa linha funcionalista, ele explica a prática de decisão

40 N. Luhmann. *Rechtssoziologie*. Opladen, 1983; *id.*, *Ausdifferenzierung des Rechts*. Frankfurt/M, 1981.

normativa, da doutrina do direito, como o resultado de processos fáticos de manutenção autodirigida de um sistema social parcial. A teoria sistêmica do direito pode ser caracterizada sinteticamente através de três estratégias conceituais: (a) Em primeiro lugar, a qualidade deontológica das normas do direito é redefinida, para se tornar acessível a uma análise puramente funcional. (b) A seguir, a teoria positivista do direito é traduzida para o modelo de um sistema jurídico diferenciado, funcional e inteiramente autônomo. (c) Finalmente, a legitimidade é explicada em termos da legalidade como um auto-engano estabilizador do sistema, obtido forçadamente através do código jurídico e coberto pelo próprio sistema jurídico.

ad (a). O primeiro passo de Luhmann consiste em despir as expectativas de comportamento, normativamente generalizadas, de seu caráter deontológico, obrigatório.⁴¹ Ele elimina o sentido ilocucionário dos mandamentos, das permissões e das proibições e, com isso, a eficácia vinculante específica destes atos de fala. Pois reinterpreta expectativas normativas de comportamento, no quadro de uma teoria da aprendizagem, tomando-as como variantes de expectativas meramente cognitivas que se apóiam em prognoses, não em autorizações. Nesta linha de interpretação, o papel das normas consiste em colocar as expectativas numa linha de permanência e imunizá-las contra decepções, pagando o preço de uma deficiência cognitiva. Sob esta descrição empírica, as expectativas normativas aparecem como expectativas cognitivas dogmatizadas, imunes à aprendizagem. E, uma vez que a recusa a uma adaptação ou aprendizagem é repleta de riscos, as expectativas normativas têm que respaldar-se numa autoridade especial e ser asseguradas através da institucionalização estatal e da ameaça de sanções, ou seja, têm que ser transformadas em direito. Quanto mais complexas as sociedades se tornam, tanto mais o sistema jurídico sofre pressão para se transformar. Pois ele tem que adaptar-se rapidamente a ambientes modificados.

ad (b). Luhmann dá um passo além, descrevendo o direito positivo como combinação inteligente de vontade e capacidade de aprender – no sentido da normatividade em geral, reinterpretada de modo empirista. O direito adquire esta capacidade através de diferen-

41 Luhmann, (1981), 73ss.

ciações, na medida em que se separa, de um lado, das normas morais alheias ao direito ou fundamentadas no direito racional e, de outro, na medida em que se torna independente da política, portanto da legislação e da administração. Ele se estabelece ao *lado de* outros sistemas, como um sistema parcial funcionalmente especificado que se reproduz a si próprio, operando de modo auto-referencial, isto é, que só elabora informações exteriores na medida do próprio código. Entretanto, esta autonomia sistêmica tem um preço, que o sistema jurídico paga através do paradoxo que se manifesta na “*regra de reconhecimento*” (*rule of recognition*), descrita por Hart: aquilo que, visto de fora, é fato social, característica emergente ou prática costumeira, contingente, passa a ser critério convincente da validade, quando visto a partir de dentro. Nisso se reflete o seguinte paradoxo, embutido nos fundamentos da validade do direito positivo: se a função do direito consiste em estabilizar expectativas de comportamento generalizadas, como é que essa função pode ser preenchida por um direito vigente modificável a qualquer momento por uma simples decisão do legislador político? Por isso, o próprio Luhmann não pode deixar de procurar uma resposta à questão: como é possível a legitimidade através da legalidade?

ad (c) Um sistema jurídico diferenciado não pode romper a circularidade própria dos códigos jurídicos autônomos – segundo a qual só vale como direito aquilo que é estabelecido juridicamente como direito –, recorrendo a argumentos legitimadores situados fora do direito. Se o direito tem que ser aceito como válido, independentemente do fato de ele, enquanto direito positivo, só valer até logo mais, então, a ficção do direito correto tem que ser mantida entre os destinatários do direito, obrigados à obediência, e entre os especialistas, que administram o direito de modo não cínico.

Neste ponto, Luhmann desenvolve uma interpretação interessante da legitimação obtida através de processos.⁴² Com relação aos destinatários, os processos institucionalizados da aplicação do direito vigente existem para inibir o desejo de conflito dos clientes, absorvendo as decepções. No decorrer de um processo, as posições são especificadas de tal maneira com relação ao resultado visado, os temas conflitivos perdem a tal

ponto a relevância que têm no mundo da vida, sendo reduzidos a pretensões meramente subjetivas, “que aquele que tenta oferecer resistência é isolado como indivíduo e despolitizado”.⁴³ Não se trata, pois, de produzir um consenso, mas da impressão exterior de que existe uma aceitação geral, ou de que é provável a suposição desta aceitação. Do ponto de vista da psicologia social, a participação em processos jurídicos tem algo de desconcertante, pois gera a impressão de que os decepcionados “não podem apelar para um consenso institucionalizado, pois são obrigados a aprender”.

É evidente que tal explicação só vale para leigos, não para os especialistas em direito, que o administram na qualidade de juízes, advogados ou promotores. Os juristas, que elaboram casos jurídicos e que se orientam cada vez mais pela eficácia, conhecem o seu espaço de atuação e sabem que os prognósticos são inseguros e os princípios ambíguos. Se apesar disso, o uso oficial do direito deve manter a fé na legitimidade do direito, os processos jurídicos têm que ser interpretados pelos iniciados como institucionalização de deveres de fundamentação e de argumentação; quanto aos clientes, eles interpretam esses processos de modo diferente. Os argumentos existem para que os juristas possam entregar-se à ilusão de que não estão decidindo a seu bel-prazer: “*Cada argumento diminui o valor de surpresa de outros argumentos e, em última instância, o valor de surpresa das decisões*”.⁴⁴ Uma argumentação pode ser descrita desta maneira, sob pontos de vista funcionalísticos; porém Luhmann pensa que ela se resume nisso, pois ele não acredita que os argumentos tenham uma força racional motivadora. No seu entendimento, não existem bons argumentos capazes de decidir sobre a fragilidade de argumentos ruins; a argumentação apenas cria a impressão de que “os argumentos justificam as decisões e não (a coerção para) as decisões os argumentos”⁴⁵

43 Luhmann, (1983), 264.

44 Luhmann. *Die soziologische Beobachtung des Rechts*. Frankfurt/M., 1986, 35.

45 *Ibid.*, 33 (O acréscimo é meu).

42 Luhmann. *Legitimation durch Verfahren*. Neuwied, 1969.

A partir destas três premissas, a mudança da forma do direito, diagnosticada por Max Weber, pode ser interpretada como consequência de uma diferenciação bem-sucedida do sistema jurídico. Os atos de adaptação, exigidos do sistema jurídico por uma sociedade cada vez mais complexa, impõem a adoção de um novo estilo cognitivo, isto é, de uma prática de decisão mais flexível, sensível ao contexto e disposta a aprender. Todavia, esta passagem das tarefas da garantia normativa de expectativas generalizadas de comportamento para tarefas da regulação sistêmica⁴⁶ não deve ir tão longe, a ponto de ameaçar a identidade do próprio direito. Tal ameaça concretizar-se-ia, caso o sistema do direito substituísse simplesmente sua autocompreensão dogmática por uma análise do sistema, empreendida a partir do exterior. A internalização de uma descrição neutra, desenvolvida no estilo de Luhmann, acarretaria a dissolução cínica da consciência normativa entre os especialistas em direito e colocaria em risco a autonomia do código jurídico.

No entanto, o conceito de autonomia sistêmica do direito também pode funcionar como crítica. A exemplo de Weber, Luhmann descobre que as tendências de desformalização fazem com que o direito passe pela mediação da política. E essa “superpolitização” esconde o perigo de uma confusão que se instaura, quando o formalismo do direito, após ser amolecido pelos cálculos de poder ou de proveito, é finalmente absorvido por eles. O sistema jurídico pode ser autônomo na medida em que se auto-regula reflexivamente e se delimita em relação à política e à moral. Ora, ao seguir este caminho, Luhmann é reconduzido à questão weberiana acerca da racionalidade do direito, que ele julgara ultrapassada. Pois, para poder determinar, ao menos analiticamente, a autonomia do sistema jurídico, ele tem que apresentar o princípio estruturador que permite, por exemplo, fazer uma distinção entre o direito e o poder, entre o direito e o dinheiro. Noutras palavras, Luhmann necessita de um equivalente para a racionalidade que habita na forma jurídica. A princípio, ele seguiu Weber e Forsthoﬀ, considerando constitutiva para o direito em geral a forma de leis abstratas e gerais, isto é, a forma de programas jurídicos

46 Luhmann, (1981), 388ss.

condicionais. Porém, hoje em dia, Luhmann não pode mais depreciar o direito material e reflexivo como se fossem desvios. Por isso, ele faz uma distinção nítida entre código do direito e programas jurídicos: a autonomia do sistema jurídico depende apenas da manutenção de um código jurídico diferenciado. Para ele, esse código permite a distinção entre direito e não-direito. Porém essa fórmula tautológica não consegue fornecer distinções mais precisas a respeito da forma. É sintomático o fato de Luhmann colocar um sinal de interrogação no espaço em que deveria ser explicada a unidade do código.⁴⁷ Eu vejo nisso algo mais do que o simples desejo de conseguir uma explicação conceitual ainda não desenvolvida.

Ao situar as argumentações jurídicas no nível de uma simples auto-ilusão dogmática, Luhmann não pode mais entender as determinações da forma do direito autônomo *como* racionalidade. Pois a autonomia do sistema jurídico implica, como condição necessária, argumentações concretas e referidas a casos; elas não podem tornar-se independentes no sentido de uma filosofia do direito, nem tematizar os paradoxos inevitáveis do direito positivo. As argumentações jurídicas podem ser funcionais, porém somente enquanto conseguirem manter esse paradoxo fora da consciência do “uso oficial do direito”. Pois o código não pode ser analisado *simultaneamente* a partir de dentro e a partir de fora; e ele teria que continuar sendo algo que se aceita sem discussão. De fato, porém, nós constatamos o contrário. E o debate sobre a juridificação revela que a desformalização do direito provocou abordagens críticas e uma ampla problematização do direito.

3

Nos EUA, o movimento *Critical Legal Studies* desencadeou uma discussão no âmago da doutrina jurídica, colocando a compreensão formalista do direito sob o microscópio e desmontando-a sem nenhuma consideração.⁴⁸ A crítica casuística pode ser resumida numa

47 Luhmann. *Ökologische Kommunikation*. Opladen, 1986, 124ss.

48 R. W. Gorden. “Critical Legal Histories”, in *Stanford Law Review*, 1984, 57ss. R.M. Ugec. *Critical Legal Studies Movement*. Cambridge, Mass, 1986.

tese da indeterminação. No entanto, ela não afirma que o desenlace de processos judiciais é pura e simplesmente indeterminado. É provável que qualquer pessoa com tino prático seja capaz de emitir prognósticos acertados. É preciso ter em mente, porém, que o desenlace dos processos judiciais é indeterminado somente no sentido de que ele não pode ser prognosticado a partir de situações jurídicas claras. Pois não é o texto da lei que determina o juízo. Nas frestas da decisão dos juízes, imiscuem-se argumentos; e, através de preconceitos sociais e opiniões ingênuas, que se cristalizam em ideologias profissionais, introduzem-se interesses não confessos, ao invés de bons argumentos.

As reações revelam que esse tipo de crítica é capaz de sacudir a consciência normativa dos juristas. Todavia, é preciso sustentar, contra a análise sistêmica de Luhmann, e também contra a autocompreensão dos *Critical Legal Studies*, que esse tipo de auto-reflexão “disfuncional” do sistema jurídico, que sai de dentro da própria prática de argumentação jurídica, só é possível porque essa prática trabalha com suposições de racionalidade que podem ser nomeadas e utilizadas contra a prática existente. Aparentemente, a institucionalização da argumentação conforme ao processo carrega consigo um agulhão autocrítico capaz de romper a auto-ilusão que Luhmann falsamente interpreta como necessidade do sistema.

Certamente a volumosa literatura sobre a indeterminação da prática de decisão dos tribunais⁴⁹ contradiz a sabedoria convencional que M. Kriele, por exemplo, coloca em campo contra a interpretação funcionalista desenvolvida por Luhmann em torno das argumentações jurídicas: “*Parece que Luhmann desconhece o argumento decisivo para a função legitimadora dos processos: ... Eles aumentam a chance de que todos os pontos de vista relevantes venham à tona e de que a ordem temporal e objetiva de prioridades seja discutida da melhor maneira; e, por isso, eles aumentam a chance de uma justificação racional da decisão. A institucionalização continuada de processos aumenta as chances de que as decisões do poder do Estado tenham sido justificadas*

no passado e venham a ser justificadas no futuro...”⁵⁰ Entretanto, esta verdade traz à tona suposições de racionalidade, as quais continuam praticamente eficazes, enquanto puderem funcionar como medidas contrafáticas e apelar para a crítica e a autocritica dos envolvidos. Estas suposições de racionalidade somente perderiam seu significado operativo no momento em que perdessem sua função de medida. Com isso, porém, qualquer tipo de crítica do direito perderia seu fundamento.⁵¹

A crítica que se repete, desde que surgiram as escolas do realismo jurídico, fala contra a teoria de Luhmann. Porém os próprios resultados dessa crítica revelam que a autonomia sistêmica do direito não pode ir muito longe. Pois a autonomia do sistema jurídico não é garantida pelo simples fato de todos os argumentos de procedência não jurídica serem anexados a textos de leis e revestidos com a linguagem do direito positivo. Ora, Luhmann afirma exatamente isso: “*O sistema jurídico consegue seu fechamento operativo, pois está codificado através da diferença entre direito (Recht) e não-direito (Unrecht) e não há nenhum outro sistema operando com este código. Através dessa codificação bipolar do sistema jurídico, nasce a certeza de que, quando se está no direito, está-se no direito e não no não-direito*”.⁵² A crítica imanente ao positivismo jurídico, desenvolvida por Fuller até Dworkin contra as posições de Austin, Kelsen e Hart, revela que a aplicação do direito tem que contar, cada vez mais, com objetivos políticos, com fundamentações morais e com princípios. Em termos luhmannianos, isso significa que, no código jurídico, se introduzem conteúdos do código moral e do código do poder; neste sentido, o sistema jurídico não é “fechado”.

Além disso, uma auto-referência lingüística do sistema jurídico, assegurada pelo código jurídico, não pode impedir que se imponham estruturas latentes de poder, através dos programas jurídicos emitidos pelo legislador político ou na figura de argumentos, através dos quais interesses, irrelevantes do ponto de vista jurídico, têm acesso à jurisdição.

49 A. Altman. “Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin”, in *Philosophical and Public Affairs*, 15, 1986, 205ss.

50 M. Kriele. *Einführung in die Staatslehre*. Opladen, 1981, 38-39.

51 F. Michelman, (1986).

52 Luhmann, (1986), 26.

Tudo indica que o conceito de autonomia sistêmica, apesar de sua referência empírica, nada tem a ver com a intuição normativa que ligamos à “autonomia do direito”. Consideramos que a prática de decisão judicial é independente, porém, somente na medida em que os programas jurídicos do legislador não ferem o núcleo moral do formalismo jurídico e, em segundo lugar, na medida em que as considerações políticas e morais, que se introduzem inevitavelmente na jurisdição, são fundamentadas, não se limitando a simples racionalizações de interesses juridicamente irrelevantes. Max Weber tinha razão: somente se levarmos em conta a racionalidade que habita no próprio direito, poderemos assegurar a independência do sistema jurídico. No entanto, como o direito também se relaciona internamente com a política e com a moral, a racionalidade do direito não pode ser questão exclusiva do direito.

II. Razão e positividade: sobre o entrelaçamento entre direito, política e moral

1

Para entender melhor por que a diferenciação do direito não dissolve inteiramente seu vínculo interno com a política e a moral, recomenda-se uma visão retrospectiva sobre a história do direito positivo. Esse processo abrange o final da Idade Média na Europa, indo até as grandes codificações do século XVIII. Nos próprios países do *Common-Law*, o direito consuetudinário é reformulado pelo direito romano sob a influência de juristas com formação acadêmica, que o adaptam sucessivamente às condições de intercâmbio de uma emergente sociedade capitalista e ao poder burocratizado de um Estado territorial em formação. Quero apresentar apenas um aspecto importante desse processo sinuoso, intransparente e cheio de variantes, o qual interessa para o contexto de nossa filosofia do direito. Pois o pano de fundo da estrutura tridimensional do sistema jurídico medieval, que entrou em decomposição, permite explicar o alcance filosófico da positivação do direito.

A partir de um certo distanciamento, é possível reconhecer, em nossas tradições, três elementos que correspondem aos que a sociologia do direito comparado considera típicos para a cultura

jurídica dos antigos impérios.⁵³ O sistema jurídico tinha a cobertura de um direito sagrado, administrado exegeticamente por especialistas teólogos e juristas; seu núcleo era formado por um direito burocrático, estabelecido pelo rei ou pelo imperador, que era, ao mesmo tempo, o senhor supremo do tribunal, em conformidade com tradições jurídicas sagradas. Ambos os tipos de direito davam cobertura ao direito consuetudinário, via de regra não-escrito, e que provinha, em última instância, de tradições jurídicas tribais. Na Idade Média européia, as coisas eram um pouco diferentes: de um lado, o direito canônico da Igreja católica reproduzia, sem interrupção, o elevado nível conceitual e técnico do direito romano *clássico*; de outro lado, o direito dos decretos imperiais e capitulares se ligava à idéia do império romano, inclusive antes da redescoberta do *Corpus Justinianum*. O próprio direito consuetudinário deve muito à mistura de elementos da cultura jurídica romana e da germânica, frequente nas províncias romanas ocidentais, tendo sido transmitido por escrito a partir do século XII. Porém os aspectos fundamentais repetem a estrutura que transparece em todas as culturas superiores, ou seja, a ramificação em direito sagrado e profano, sendo que o direito sagrado é integrado, na visão de uma das grandes religiões, na ordem do cosmo ou num evento sagrado. E esse direito divino ou “natural” não se encontra à disposição do soberano político. Ele fornece apenas a moldura legitimadora, no interior da qual o soberano exerce seu poder profano através das funções da jurisdição e da normatização burocrática do direito. Neste contexto, M. Weber fala num “duplo reino do poder tradicional”.⁵⁴

Esse caráter tradicional do direito mantém-se na Idade Média. Todo o direito obtém seu modo de validade, a partir da origem divina do direito natural, tal como é entendido pelo cristianismo. Direito novo só pode ser produzido em nome da Reforma ou reconstituído a partir do velho e bom direito. É bom lembrar, porém, que na compreensão tradicional do direito já existe uma tensão interessante entre os dois elementos do direito do soberano. Na qualidade de senhor supremo do tribunal, o soberano é submetido ao direito sagrado. Somente assim

53 R. Unger. *Law and Society*. Nova Iorque, 1976.

54 Cf., sobre esse tema, W. Schluchter. *Okzidentaler Rationalismus*. Tubinga, 1979.

se legitima o poder secular. A manutenção piedosa da ordem jurídica intocável garante um prêmio de legitimidade para o exercício do poder político em geral. Ao mesmo tempo, porém, o soberano, situado no topo de uma administração organizada de acordo com encargos e ofícios, também utiliza o direito como um *medium* que empresta caráter de obrigatoriedade coletiva às suas ordens, editos e decretos. Porém, para exercitar o poder burocrático e preencher funções de ordem, o direito tem que manter, na figura de tradições jurídicas sagradas, o caráter não-instrumental, isto é, *indisponível*, que o soberano tem que respeitar em sua jurisdição. Entre esses dois momentos – o da indisponibilidade do direito pressuposto na regulação de conflitos judiciais e o da instrumentalidade do direito posto a serviço do exercício do poder –, existe uma tensão insolúvel. Ela só não é percebida enquanto o fundamento sagrado do direito não for atacado e o direito consuetudinário continuar ancorado firmemente na prática do dia-a-dia.⁵⁵

2

No entanto, quando se parte da idéia de que é cada vez mais difícil preencher essas duas condições nas sociedades modernas, pode-se concluir que a positivação do direito constitui apenas uma reação a tais transformações. Na medida em que as cosmovisões religiosas cedem o lugar a forças religiosas privatizadas e as tradições do direito consuetudinário são absorvidas pelo direito erudito, pelo caminho do *usus modernus*, a estrutura tridimensional do sistema jurídico se rompe. O direito encolhe, ficando reduzido a uma única dimensão, passando a ocupar apenas o lugar até então reservado ao direito burocrático dos soberanos. De outro lado, o poder do dominador político emancipa-se da ligação com o direito sagrado e torna-se independente. Esse poder político recebe a tarefa de tapar por conta própria, e através da legislação política, o vazio deixado pelo direito natural administrado teologicamente. E, no final das contas, todo o direito deve emanar da vontade soberana do legislador político. No final de tudo, a legislação, a ratificação e a aplicação das leis passam a ser momentos no interior

55 H. Schlosser. *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*. Heidelberg, 1982.

de um único processo circular regulado politicamente; e elas continuam assim, mesmo quando se diferenciam institucionalmente de acordo com poderes do Estado.

Isso faz com que a relação entre os momentos da indisponibilidade e da instrumentalidade do direito se modifique. Hoje em dia, a maior diferenciação dos papéis, viabilizada pela separação entre os poderes, faz com que os programas de leis passem para a alçada da jurisdição. Entretanto, até que ponto um direito político, modificável a bel-prazer, pode proporcionar uma autoridade com caráter obrigatório, semelhante à do direito sagrado indisponível? Será que o direito positivo conserva algum vestígio de obrigatoriedade, a partir do momento em que não pode mais extrair seu modo de validade de um direito anterior situado acima dele, como era o caso do direito burocrático do soberano no sistema jurídico tradicional? As respostas formuladas pelo positivismo jurídico são insatisfatórias.⁵⁶ Numa das variantes, o direito em geral é destituído de seu caráter normativo, passando a ser definido apenas de modo instrumental: ele vale tanto quanto a ordem de um soberano (Austin). Nesta resposta, desaparece o momento da indisponibilidade, tida como uma relíquia metafísica. A outra variante do positivismo jurídico mantém a premissa, segundo a qual o direito só pode preencher sua função nuclear de regulação de conflitos judiciais na medida em que as leis aplicadas mantiverem a normatividade no sentido de uma validade deontológica não-imperativista. Porém esse momento só pode valer para a forma do direito, não para os conteúdos do direito natural (Kelsen). Por este ângulo, o sistema jurídico, isolado da política e da moral, e tendo como núcleo institucional a jurisdição, continua sendo o único lugar onde o direito pode preservar sua forma por virtude própria e, deste modo, sua autonomia. (Já tivemos ocasião de conhecer essa tese na versão de Luhmann). Nos dois casos, a garantia metassocial da validade do direito, outorgada pelo direito sagrado, pode desaparecer *sem deixar substituto*.

No entanto, as origens históricas do direito moderno e do tradicional falam contra tal interpretação. Conforme nos ensina a antropologia, o direito precede o surgimento do poder político, organizado no Estado, ao passo que o direito sancionado pelo Estado e o poder do Estado organizado juridicamente surgem simultaneamente na forma de poder

56 N. Hoerster (ed.). *Recht und Moral*. Göttingen, 1972.

político.⁵⁷ Parece que o desenvolvimento arcaico do direito tornou possível o surgimento de um poder político soberano, no qual o poder do Estado e o direito do Estado se constituem reciprocamente. Todavia, é difícil imaginar que, nesta constelação, o direito pudesse ser assimilado inteiramente pela política ou, ao contrário, ser separado completamente dela. Além disso, é possível mostrar que determinadas estruturas da consciência moral devem ter desempenhado um papel importante na simbiose entre direito e poder do Estado. Um papel semelhante é desempenhado pela consciência moral, na passagem do direito tradicional para o profano, através do direito positivo colocado à disposição do legislador político. Esse momento de indisponibilidade, que no direito moderno forma um contrapeso evidente à instrumentalização política do *medium* do direito, resulta do entrelaçamento entre política, direito e moral.

3

Esta constelação se estabelece, pela primeira vez, nas primeiras culturas superiores, acompanhando a simbiose entre direito e poder do Estado. Em sociedades tribais da era do neolítico, existem três mecanismos para a regulação de conflitos internos: práticas de auto-ajuda (desafio e vingança de sangue), a invocação ritual de forças mágicas (oráculo, duelo) e a mediação de um juiz como equivalente pacífico para a violência e a feitiçaria.⁵⁸ Tais mediadores ainda não têm a competência para decidir a disputa entre as partes, de modo autoritário ou obrigatório, nem a capacidade de impor a sentença contra a lealdade do parentesco. Também não existem tribunais, nem processos judiciais. Além disso, o direito permanece ligado tão estreitamente ao costume e às representações religiosas, que é difícil distinguir entre fenômenos genuinamente jurídicos e outros fenômenos relativos aos costumes. Os conceitos de justiça, que estão na base de todas as formas de regulação de conflitos, se entrelaçam com a interpretação mítica do mundo. A vingança, a retribuição e a compensação servem para a reconstituição de uma ordem estremecida. Essa ordem, feita de simetrias e reciprocidades, estende-se não somente às

pessoas singulares e grupos de parentesco, como também à natureza e à sociedade no seu todo. A gravidade do crime mede-se pelas consequências da ação, não pela intenção do autor. Uma sanção tem o sentido de uma compensação para o prejuízo causado, não o de um castigo do autor, que se tornou culpado pela infração de uma norma.

Tais representações concretistas acerca da justiça não permitem ainda a separação entre questões de direito e de fato. No direito arcaico, os juízos normativos, as considerações de interesses e as afirmações sobre fatos se mesclam. Não existem os conceitos de imputabilidade e de culpa; também não se faz distinção entre propósito e negligência. O que conta é a percepção de um prejuízo provocado objetivamente. Não existe separação entre direito privado e penal; todas as infrações do direito são, de certa forma, delitos que exigem indenização pelos prejuízos. Tais diferenciações só se tornam possíveis a partir do momento em que surge um conceito inteiramente novo, que vai revolucionar o mundo das representações morais. Refiro-me ao conceito de norma do direito, reconhecida intersubjetivamente como obrigatória, independentemente da situação e situada acima das partes litigantes e do juiz imparcial. Em torno deste núcleo, cristaliza-se aquilo que L. Kohlberg chama de consciência moral “convencional”. Sem tal conceito de norma, o juiz não poderia fazer mais do que convencer as partes litigantes a assumir compromissos. Ele poderia *influir*, através de seu prestígio pessoal, adquirido através de seu *status*, de sua riqueza ou de sua idade. Porém isso não lhe conferiria *poder político*, pois ele não teria como apelar para a autoridade impessoal e coercitiva de uma lei, nem para a convicção moral dos participantes.⁵⁹

Eu proponho submeter estas idéias a um teste hipotético. Suponhamos que se formam idéias morais e jurídicas convencionais, antes mesmo de se estabelecer uma autoridade estatal. Neste caso, um cacique, por exemplo, poderia dirimir conflitos, apoiando-se no caráter obrigatório de normas jurídicas reconhecidas; porém ele não poderia acrescentar à obrigatoriedade de seu juízo o caráter faticamente coercitivo de um potencial de sanção estatal. Mesmo assim, o papel do cacique, cuja liderança repousava, até este momento, sobre o prestígio e a influência fática, teria que modificar-se, a partir do momento em que a atividade judicial assumisse o conceito

57 U. Wesel. *Frühformen des Rechts*. Frankfurt/M., 1985.

58 U. Wesel, (1985), 329ss.

59 L. Pospicil. *Anthropologie des Rechts*. Munique, 1982.

de uma norma moralmente vinculante. Neste cenário, é importante levar em conta três seqüências distintas: a) No papel de guardião de normas reconhecidas intersubjetivamente, tal cacique participaria da aura do direito por ele administrado. b) A autoridade normativa do direito abrangeria não somente a competência do juiz, mas também a do poder geral de mando da pessoa do cacique. Neste caso, o poder fático da pessoa influente transformar-se-ia, imperceptivelmente, no poder normativamente autorizado de um mandatário que poderia, a partir deste momento, tomar decisões com caráter obrigatório para a coletividade. E, como consequência, a qualidade da própria decisão judicial teria que modificar-se. c) As normas jurídicas moralmente obrigatórias deixariam de ser respaldadas apenas pela pressão de conformidade exercida pela tribo ou pela influência fática de uma eminência, pois passariam a ser respaldadas pela ameaça de sanção de um governante legítimo. Isso daria origem ao modo ambivalente de validade do direito do Estado, mesclando a imposição com o reconhecimento. Porém, através dele, o governante político obteria um *medium* que o auxiliaria a organizar os cargos e funções e a exercer seu poder de modo burocrático. Através disto, o direito adquiriria os aspectos da instrumentalidade e da indisponibilidade, próprios do direito objetivo. Neste cenário, a consciência moral funciona como uma espécie de catalisador no processo em que se mesclam direito e moral.

Há como rastrear empiricamente estas considerações hipotéticas;⁶⁰ porém eu me interesso, em primeira linha, pelo esclarecimento teórico. Somente as cosmovisões que se tornam mais complexas permitem a formação de uma consciência moral de nível convencional; somente a consciência apoiada em normas moralmente obrigatórias e enraizadas em tradições é capaz de modificar a jurisdição e de transformar um poder fático em normativo; somente a posse de um poder legítimo permite impor politicamente normas do direito; somente o direito coercitivo pode ser utilizado para a organização do poder do Estado. Quando analisamos detalhadamente esse entrelaçamento entre uma moral de cunho religioso, uma soberania legitimada juridicamente e uma administração estatal organizada conforme o

60 K. Eder. *Die Entstehung staatlich organisierter Gesellschaften*. Frankfurt/M., 1976; J. Habermas. *Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus*. Frankfurt/M., 1976.

direito, torna-se claro que é impossível manter os conceitos jurídicos positivistas citados.

4

Se, na modernidade, as normas do direito se reduzissem apenas a ordens do legislador político, o direito dissolver-se-ia em política. Isso, porém, implicaria a dissolução do próprio conceito do político. De qualquer modo, sob esta premissa, o poder político não poderia mais ser entendido como poder legitimado pelo direito; pois um direito posto inteiramente à disposição da política perderia sua força legitimadora. No momento em que a legitimação é apresentada como uma realização *própria* da política, nós abandonamos *nossos* conceitos de direito e de política. A mesma conclusão se impõe, quando analisamos uma outra posição, segundo a qual o direito positivo poderia manter sua normatividade por conta própria, isto é, através das realizações dogmáticas de uma justiça fiel à lei, porém independente da política e da moral. A partir do momento em que a validade do direito é desligada dos aspectos da justiça, que ultrapassa as decisões do legislador, a identidade do direito torna-se extremamente difusa. Pois, neste caso, desaparecem os pontos de vista legitimadores, sob os quais o sistema jurídico poderia ser configurado para manter determinada estrutura do *medium* do direito.

Pressupondo que as sociedades modernas não podem prescindir do direito, nem exercer outra prática funcionalmente equivalente tal como, por exemplo, o controle do comportamento, a positivação do direito cria um problema, inclusive em termos conceituais. É preciso encontrar um equivalente para o direito sagrado profanizado e para um direito consuetudinário esvaziado, capaz de preservar um *momento de indisponibilidade* para o direito positivo. A figura do direito racional foi introduzida para desempenhar essa função, adquirindo significado doutrinário e jurídico imediato, não somente para considerações de filosofia do direito, mas também para as grandes codificações e para a prática judicial do desenvolvimento do direito.⁶¹ Eu gostaria de chamar a atenção para dois pontos: (a) No direito racional, articula-se um novo nível pós-tradicional da

61 F. Wieacker, (1967), 249ss.

consciência moral, que submete o direito moderno a princípios e o transpõe para o nível da racionalidade procedimental. (b) As teorias do contrato social foram desenvolvidas em direções contrárias porque, em alguns casos, a positivação do direito enquanto tal passou para o primeiro plano, como o fenômeno a ser esclarecido; noutros casos, o fenômeno a ser esclarecido era a necessidade de fundamentação resultante dessa positivação. Porém nenhuma das duas direções conseguiu estabelecer uma relação plausível entre os momentos da indisponibilidade e da instrumentalidade do direito.

ad (a) O direito racional reage à decomposição do direito natural, fundamentado na religião e na metafísica, e à desmoralização da política, que passa a ser interpretada de modo naturalista e centrada nos interesses de auto-afirmação. A partir do momento em que o Estado monopolizador do poder assume o papel do legislador soberano, que lhe permite um acesso exclusivo ao direito, este é reduzido a um simples meio de organização, dificultando qualquer ligação com a justiça e pondo em risco o caráter genuíno do direito. No entanto, a positividade do direito, agora dependente do soberano, não elimina a problemática de fundamentação, pois ela apenas é deslocada para a base mais estreita de uma ética profana pós-metafísica, desacoplada de cosmovisões. A figura elementar do direito privado burguês é o contrato. E, segundo a autonomia contratual, as pessoas privadas têm condições de criar direitos subjetivos. Ora, na idéia do contrato social, essa figura é generalizada de um modo interessante e utilizada para justificar moralmente o poder exercitado em formas do direito positivo e do poder legal: um contrato que todo o indivíduo autônomo celebra naturalmente com todos os outros indivíduos autônomos só pode ter como conteúdo aquilo que todos, no uso da razão, podem querer ao defenderem seus respectivos interesses. Este caminho admite regulamentações que gozam do assentimento livre de todos. Tal pensamento procedimental revela que a razão do moderno direito natural é, essencialmente, razão prática, ou seja, a razão de uma moral autônoma. Esta exige que façamos uma distinção entre normas, princípios justificadores e processos – processos que seguimos para examinar se as normas podem contar com um assentimento geral à luz de princípios válidos. Na medida em que a idéia do contrato social leva em conta tal procedimento para a fundamentação de ordens políticas constituídas juridicamente, o direito positivo é submetido a princípios morais. Isto sugere a hipótese, segundo a qual, ao passar

para a modernidade, o direito *foi precedido* por uma mudança da consciência moral.

ad (b) O direito racional foi apresentado em diferentes versões. Autores como Hobbes deixam-se fascinar mais pelo fenômeno da mutação constante do direito, ao passo que Kant está mais preocupado com a necessidade de fundamentação do novo direito, agora positivo. Como é sabido, Hobbes desenvolve sua teoria a partir de premissas que eliminam do direito positivo e do poder político qualquer conotação moral; o direito estabelecido pelo soberano tem que impor-se, mesmo na ausência de um equivalente racional para o direito sagrado profanizado. Com isso, Hobbes envolve-se numa contradição performativa. Pois o conteúdo manifesto de sua teoria, que esclarece o funcionamento moralmente neutro do direito inteiramente positivado, cai em contradição com o papel *pragmático* assumido pela mesma teoria, a qual pretende explicar a seus leitores por que eles, na qualidade de pessoas livres e iguais, poderiam ter bons argumentos para se submeter a um poder absoluto do Estado.

Posteriormente, Kant explicita os elementos normativos mantidos implicitamente por Hobbes e desenvolve sua doutrina do direito no quadro de uma teoria moral. O princípio geral do direito, que se encontra na base de toda legislação, resulta, segundo ele, do imperativo categórico. Deste princípio supremo da legislação é deduzido o direito subjetivo originário de cada um, que pode exigir de todos os outros parceiros do direito que respeitem sua liberdade, na medida em que ela estiver de acordo com a liberdade igual de todos segundo leis gerais. Para Hobbes, o direito positivo é, em última instância, o meio de organização do poder político; ao passo que, para Kant, ele continua tendo caráter essencialmente moral. No entanto, mesmo nestas versões mais maduras, o direito racional encontra dificuldades no desempenho da tarefa que ele mesmo se propusera, ou seja, a de explicar racionalmente as condições de legitimidade do poder legal. Hobbes sacrifica a indisponibilidade do direito em favor de sua positividade, ao passo que, em Kant, o direito moral ou natural, deduzido *a priori* da razão prática, ocupa a tal ponto o lugar central, que o direito corre o risco de se desfazer em moral; falta pouco para o direito ser reduzido a um modo deficiente de moral.

A inserção kantiana do momento de indisponibilidade nos fundamentos morais do direito é de tal ordem, que o direito positivo é subsumido ao direito racional. E, neste direito, sobra

pouco espaço para o aspecto instrumental de um direito do qual se serve o legislador político para suas tarefas de estruturação. Após a implosão do baldaquino do direito natural cristão, restaram as colunas da política naturalista, de um lado, e as do direito que se transforma em decisão política, de outro. Kant tenta reconstruir o edifício detonado, fazendo uma simples substituição: o direito natural, fundamentado autonomamente, deve assumir o lugar vazio deixado pelo direito natural metafísico-religioso. Com isso, modifica-se a função mediadora da jurisdição, que tinha transferido a legitimação sagrada para o poder burocrático do soberano: a partir de agora, ela se retira para a retaguarda do legislador político, cujos programas ela passa a administrar. Porém, agora, todos os poderes do Estado, diferenciados em si mesmos, entram na sombra de uma *res publica noumenon* (como simples idéia), justificada pela razão, a qual deve ser copiada, do modo mais fiel possível, pela *res publica phainomenon* (como fenômeno social). A própria positivação do direito, enquanto realização de princípios do direito racional, se encontra sob imperativos da razão.

Porém, a partir do momento em que a política e o direito são rebaixados, assumindo a posição subordinada de simples órgãos de execução para as leis da razão prática, a política perde sua competência legisladora e o direito, sua positividade. Por isso, Kant tem que retomar as premissas metafísicas da sua doutrina dos dois impérios, a fim de estabelecer uma distinção, contraditória, entre moralidade e legalidade.⁶²

III. A substituição do direito racional pela idéia do Estado de direito

1

O abandono do direito racional clássico não se deu apenas por razões de ordem filosófica, pois as próprias condições sociais, que ele deveria interpretar, levaram-no de rãldão. Logo tornou-se evidente que a dinâmica de uma sociedade integrada através de mercados não cabia mais nos conceitos normativos do direito, nem podia ser *congelada* no quadro de um sistema jurídico desenvolvido aprio-

risticamente. Qualquer tentativa teórica visando deduzir, de modo definitivo, os fundamentos do direito privado e público, a partir de princípios superiores, vinha chocar-se com a complexidade da sociedade e da história. As teorias contratuais – inclusive as de cunho idealista – eram demasiadamente abstratas. Elas não tinham conseguido justificar os pressupostos sociais de seu individualismo possessivo. Além disso, elas recusaram-se a reconhecer que a justiça, prometida pelas instituições fundamentais do direito privado (contrato e propriedade) e pelos direitos público-subjetivos de se defender contra o Estado burocrático, implicava em contrapartida uma idéia de economia em pequena escala. Ao mesmo tempo, as teorias contratuais – aprioristas ou não – eram por demais concretistas. Elas não tinham conseguido discutir suficientemente a mobilização das condições vitais e subestimado a pressão de adaptação oriunda do crescimento capitalista e da modernização em geral.

Na Alemanha, a teoria do direito dividiu o conteúdo moral do direito racional kantiano, canalizando-o inicialmente para os trilhos paralelos da doutrina do direito privado e da idéia do Estado de direito; porém, no decorrer do século XIX, esse conteúdo moral foi enxugado de modo positivista. Na visão da ciência das pandectas, o direito foi absorvido inteiramente no código do direito civil administrado por juristas. Aqui, os conteúdos morais do direito deveriam ser garantidos no próprio sistema do direito privado, e não através de um legislador democrático.⁶³ Apoiando-se em Kant, F. C. Savigny, que construiu todo o direito privado como uma estrutura de direitos subjetivos, pensava que a forma do direito subjetivo era moral em si mesma. Direitos subjetivos gerais delimitam áreas da autonomia privada e garantem a liberdade individual pelo caminho de autorizações subjetivas. A moralidade do direito consiste no fato de “se atribuir à vontade individual um domínio no qual ela pode reinar independentemente de qualquer vontade estranha”.⁶⁴ Porém, durante a evolução do direito,

63 H. Coing. “Das Verhältnis der positiven Rechtswissenschaft zur Ethik im 19. Jahrhundert”, in J. Blühdorn, J. Ritter (eds.). *Recht und Ethik*. Frankfurt/M., 1970, 11ss.

64 F. C. von Savigny. *System des heutigen Römischen Rechts* I. (1840). 333.

62 W. Kersting. *Wohlgeordnete Freiheit*. Berlin, 1984, 16ss.

tornou-se claro que os direitos subjetivos são, de certa forma, secundários em relação ao direito objetivo, não podendo oferecer a base conceitual para o sistema do direito privado em sua totalidade. A partir daí, o conceito do direito subjetivo foi reinterpretado de modo positivista e purificado de todas as associações normativas. Segundo a definição de B. Windscheid, os direitos subjetivos apenas transpõem as prescrições da ordem jurídica objetiva para o poder de mando de sujeitos singulares do direito.

Podemos observar um desenvolvimento paralelo na idéia do Estado de direito, introduzida por Kant numa linha hipotética. Os teóricos alemães do século XIX estão interessados principalmente na domesticação constitucional do poder administrativo do monarca. Em pleno *Vormärz*,* Mohl e Welcker ainda pensam que as leis gerais e abstratas constituem o melhor meio para promover “a formação ampla e racional das forças espirituais e físicas” de todos os cidadãos.⁶⁵ Após a criação do *Reich*, Gerber e Laband desenvolvem a doutrina, segundo a qual a lei constitui a ordem de uma instância legisladora soberana, de conteúdo não determinado. E Hermann Heller e outros juristas progressistas da época de Weimar adaptaram este conceito positivista de lei ao formato do legislador parlamentar: “No Estado de direito, leis são somente aquelas, e todas aquelas, estabelecidas pelo legislativo como normas do direito”.⁶⁶

Eu retomo este desenvolvimento, que certamente não é típico apenas da Alemanha, porque ele permite estudar, numa dupla perspectiva, a erosão de um conceito de lei moralizado pelo direito racional, ou seja, na perspectiva do juiz e do jurista dogmático e na do legislador cada vez mais parlamentarizado. Nos países anglo-saxões, onde a idéia do Estado de direito foi desenvolvida, desde o início, em consonância com desdobramentos democráticos, ou seja, como

“regra do direito” (*rule of law*), o processo judicial equitativo ou *due process* apresentou-se como modelo unitário de interpretação, aplicada simultaneamente à legislação e à jurisdição. Ao passo que na Alemanha, a destruição positivista do direito racional completou-se por caminhos diferentes. Certamente a construção kantiana, segundo a qual a política e o direito estão submetidos aos imperativos morais do direito racional, foi desmentida, tanto na doutrina do direito privado como na teoria do Estado de direito, porém esse desmentido acontece em duas visões distintas: na da justiça e na do legislador político. É possível formular este problema da seguinte maneira: de um lado, os fundamentos morais do direito positivo não podem ser explicados em termos de um direito racional superior. De outro lado, porém, esses fundamentos não podem ser liquidados sem deixar nenhum vestígio, pois isso privaria o direito do momento essencial da indisponibilidade que habita nele.

A partir daí, é preciso mostrar como é possível estabilizar, no interior do próprio direito positivo, o ponto de vista moral de uma formação imparcial do juízo e da vontade. O fato de determinados princípios morais do direito racional terem sido positivados como conteúdos do direito constitucional não basta para satisfazer esta exigência. Pois trata-se precisamente da contingência dos conteúdos de um direito modificável arbitrariamente. Por isso, eu gostaria de retomar a tese desenvolvida na primeira aula, segundo a qual a moralidade embutida no direito positivo possui a força transcendente de um processo que se regula a si mesmo e que controla sua própria racionalidade.

Tentando descobrir como a legitimidade pode surgir da legalidade, certos discípulos de Savigny, não satisfeitos com a reinterpretação positivista dos direitos subjetivos, estabeleceram como fonte de legitimação o direito científico dos juristas. Em sua doutrina sobre as fontes do direito, Savigny atribuiu à justiça e à doutrina jurídica a função modesta e secundária de “trazer para a consciência e representar cientificamente” o direito positivo que se origina da legislação e do costume.⁶⁷ Opondo-se a isso, G. F. Puchta defende, no final do século, a idéia de que a produção do direito não pode ser matéria exclusiva do

65 Citação extraída de I. Maus. “Entwicklung und Funktionswandel des bürgerlichen Rechtsstaates”, in M. Tohidipur (ed.). *Der bürgerliche Rechtsstaat I*. Frankfurt/M., 1978, 13ss.

66 H. Heller. *Gesammelte Schriften II*. Leiden, 1971, 226.

* “Vormärz”, cujo significado literal é: “anterior a março”, é o termo utilizado em geral para caracterizar os trinta e três anos que precederam a Revolução de Março de 1848 (N.T.).

67 Citado segundo W. Maihofer (ed.). *Begriff und Wesen des Rechts*. Darmstadt, 1973, 52ss.

legislador político, pois, neste caso, o Estado não estaria apoiado no direito legítimo, ou seja, não seria Estado de direito. Segundo ele, a justiça, que não pode limitar-se à aplicação do direito em vigor, assume a tarefa produtiva de um desenvolvimento e de uma complementação do direito vigente. A autoridade desse direito judicial provém do *método científico da fundamentação*, portanto dos argumentos de uma jurisprudência que procede cientificamente. O próprio Puchta oferece o ponto inicial para uma teoria, a qual, na perspectiva da jurisdição, procura os argumentos legitimadores da legalidade na racionalidade procedimental embutida no discurso jurídico.

Na perspectiva da legislação, impõe-se uma interpretação análoga, mesmo que a discussão parlamentar esteja mais voltada para a formação de compromissos e o discurso jurídico para a fundamentação disciplinada e científica de juízos. Por este lado também, os que não conseguem tolerar o positivismo legal democrático têm que discutir as razões nas quais se apóia a pretensão de legitimidade das leis criadas por maioria parlamentar. Kant, ao tomar o conceito de autonomia de Rousseau, dera o passo decisivo, a fim de extrair do próprio processo da legislação democrática o ponto de vista moral da imparcialidade. Sabemos que ele tomou o critério de universalidade como pedra de toque para a forma jurídica de cada lei pública – como se a lei “pudesse surgir da vontade reunida de um povo inteiro”.⁶⁸ Todavia, o próprio Kant contribuiu para que surgissem e se confundissem dois significados inteiramente diferentes de universalidade da lei: a universalidade semântica da lei geral abstrata assumiu o lugar de uma universalidade procedimental, que caracteriza a lei surgida democraticamente como expressão da “vontade popular reunida”.

Na Alemanha, onde a discussão sobre a teoria da democracia ressurgiu nos anos 20, essa confusão teve duas consequências desagradáveis. Pois era possível enganar-se sobre o imenso trabalho de prova a ser realizado por uma teoria procedimentalista da democracia. Em primeiro lugar, era preciso mostrar, na linha de uma teoria da argumentação, como, na formação parlamentar da vontade do legislador, os discursos morais de fundamentação e os discursos políticos que giram em torno de objetivos dependem sempre de um controle através de normas jurídicas. Em segundo lugar, era necessário escla-

recer em que pontos um acordo obtido argumentativamente se distingue de compromissos de negociação, e como o ponto de vista moral se impõe indiretamente nas condições de equidade que orientam os compromissos. Em terceiro lugar, e isto é o mais importante, era preciso reconstruir o processo de institucionalização da imparcialidade da formação da vontade legisladora, começando pela regra da maioria e passando pelas regras da agenda parlamentar, até chegar ao direito de escolha e de formação da opinião, isto é, da seleção e distribuição dos temas e contribuições na esfera pública política. Esta análise teria que orientar-se por um modelo capaz de representar os pressupostos comunicacionais necessários para a formação discursiva da vontade e para o balanceamento equitativo de interesses em seu conjunto. Somente na base deste contraste, seria possível analisar criticamente o sentido normativo e a prática real de tais processos.⁶⁹

Além disso, a possibilidade de se confundir a universalidade procedimental com a universalidade semântica da lei parlamentar pode levar a enganos quanto à problemática da aplicação do direito, que é independente. Pois, mesmo que a racionalidade procedimental dotada de conteúdo moral estivesse assegurada institucionalmente, as leis não poderiam normalmente atingir uma forma semântica e uma determinação tão completa a ponto de se transformarem em algo parecido com uma tábua de algoritmos a ser aplicada pelo juiz. No entanto, a hermenêutica filosófica⁷⁰ revela que os atos de interpretação nos quais se aplicam regras estão entrelaçados indissolavelmente com atos de construção que desenvolvem implicitamente o direito (no sentido de Dworkin). Por isso, o problema da racionalidade do procedimento reaparece na prática de decisão judicial e na doutrina jurídica.

No processo da legislação, pode emergir uma moralidade que emigrara para o direito positivo, de tal modo que os discursos políticos se encontram sob as limitações do ponto de vista moral, que temos que

68 I. Kant. *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, § 46.

69 U. Neumann. *Juristische Argumentationslehre*. Darmstadt, 1986, 70ss; A. Kaufmann. “Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft”, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*; 72 (1986), 425ss.

70 J. Esser. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtssprechung*. Frankfurt/M., 1972.

respeitar ao *fundamentar* normas. Porém, numa *aplicação* de normas, sensível ao contexto, a imparcialidade do juízo não está garantida pelo simples fato de perguntarmos acerca daquilo que todos poderiam querer, e sim pelo fato de levarmos adequadamente em conta todos os aspectos relevantes de uma situação dada. Por isso, a fim de decidir quais normas podem ser aplicadas a determinado caso, é preciso esclarecer se a descrição da situação é completa e adequada, englobando todos os interesses afetados. Klaus Günther⁷¹ demonstrou que a razão prática se faz valer, em contextos de fundamentação de normas, através de um exame da *possibilidade de universalização* de interesses, e em contextos de aplicação de normas, através da apreensão *adequada e completa* de contextos relevantes à luz de regras concorrentes. Por conseguinte, os processos jurídicos destinados a institucionalizar a imparcialidade da jurisdição têm que fazer jus a essa idéia reguladora.

2

Ao formular tais considerações, eu tenho em mente a idéia de um Estado de direito que separa os poderes e que apóia sua legitimidade na racionalidade de processos de legislação e de jurisdição, capazes de garantir a imparcialidade. O resultado obtido até agora resume-se a uma medida crítica para a análise da realidade constitucional. Quando confrontada com uma realidade que não lhe corresponde, nem mesmo em termos abstratos, tal idéia não passa de uma exigência impotente. Após o colapso do direito racional, a racionalidade procedimental, que já emigrou para o direito positivo, constitui a única dimensão na qual é possível assegurar ao direito positivo um momento de indisponibilidade e uma estrutura subtraída a intervenções contingentes.

O entrelaçamento dos processos jurídicos com argumentações que se regulam a si mesmas, apoiando-se nos princípios da generalização e da adequação, explica a curiosa ambivalência da pretensão de validade do direito positivo. É preciso distinguir entre a validade do direito, garantida através de decisões competentes, e a validade social do direito aceito ou implantado de fato. No entanto, no próprio sentido complexo

da validade do direito, manifesta-se uma ambivalência que o direito moderno adquire devido à sua dupla base de validade, que repousa no princípio da fundamentação e no da normatização. Na pretensão de validade das normas morais, as quais, segundo o construtivismo rawlsiano, têm que ser *descobertas* e, ao mesmo tempo, construídas, prevalece o sentido de *idéias* morais, análogo ao do sentido da verdade. Ao passo que a pretensão de validade do direito positivo não consegue fugir da contingência que cerca a sua gênese, nem da facticidade da ameaça de sanção.⁷² Mesmo assim, as normas jurídicas positivas, emitidas conforme o processo, pretendem legitimidade. Pois o modo de validade do direito aponta, não somente para a expectativa política de submissão à decisão e à coerção, mas também para a expectativa moral do reconhecimento racionalmente motivado de uma pretensão de validade normativa, a qual só pode ser resgatada através de argumentação. E os casos-limites do direito de legítima defesa e da desobediência civil, por exemplo, revelam que tais argumentações podem romper a própria forma jurídica que as institucionaliza.⁷³

Finalmente, é necessário lembrar que a idéia do Estado de direito, que eu pretendo verter numa teoria do discurso, não é exaltada nem efusiva, pois brota do solo onde viceja a realidade do direito; e, sem essa idéia, não haveria como medir a autonomia do sistema jurídico. Se esta dimensão, na qual os caminhos de fundamentação, institucionalizados juridicamente, se abrem para a argumentação moral, se fechasse, só nos restaria um tipo de autonomia do direito, a saber, o da autonomia sistêmica. Além disso, um sistema jurídico não adquire autonomia somente para si mesmo. Pois ele só é autônomo na medida em que os processos institucionalizados da legislação e da jurisdição garantem uma formação imparcial da opinião e da vontade, abrindo assim o caminho para a entrada da racionalidade moral procedimental no direito e na política. E não pode haver direito autônomo sem a consolidação da democracia.

71 K. Günther. *Der Sinn für Angemessenheit*, (1988).

72 R. Dreier. *Rechtsbegriff und Rechtsidee*. Frankfurt/M., 1986.

73 Sobre a desobediência civil cf. J. Habermas. *Die neue Unübersichtlichkeit*. Frankfurt/M., 1985, 79-107.

II. A SOBERANIA DO POVO COMO PROCESSO (1988)*

A frase, muitas vezes repetida, de que a Revolução Francesa “não se compara a nenhum outro evento histórico”,¹ pode até ser muito difundida, porém não é mais aceita sem discussão. Em nossos dias formou-se uma nova controvérsia, na qual se discute o fim da atualidade da Grande Revolução.

Na esteira das despedidas pós-modernas, somos convidados a tomar distância desse evento exemplar, que orientou nossa vida durante duzentos anos. Walter Markov, de Leipzig, eminente historiador das revoluções, afirmara em 1967: “As gerações posteriores à Revolução Francesa não a sentiram como um episódio fechado em si mesmo e destinado a ocupar um lugar no museu”.² Nesta data, acabara de ser publicada a obra na qual François Furet e Denis Richet desenvolviam uma análise da Revolução apoiada na “história das mentalidades”.³ E uma década depois, Furet pôde constatar laconicamente, no momento em que em Paris a autocrítica da esquerda se agudizara, assumindo a forma de uma crítica pós-estruturalista da razão: “A Revolução Francesa acabou”.⁴ Furet quer evadir-se do círculo da “historiografia testamentária”, que entende a Revolução

1 E. Schulin. *Die Französische Revolution*. Munique, 1988, 11.

2 W. Markov. *Die Jakobinerfrage heute*. Berlim, 1967, 3.

3 Furet, D. Richet. *Die Französische Revolution*. Frankfurt/M., 1968, 84.

4 Furet. *Penser la Révolution Française* (1978); em alemão: *1789 – Vom Ereignis zum Gegenstand der Geschichtswissenschaft*. Frankfurt/M., 1980.

* Esta palestra, pronunciada em dezembro de 1988, foi publicada em: Forum für Philosophie Bad Homburg (ed.). *Die Ideen von 1789*. Frankfurt/M., 1989, 7-36.

Francesa como origem e mentora da atualidade. E, para colocar um fim num “passado que se contamina” através da relação narcisística com o presente, ele declara a Revolução Francesa encerrada.

No entanto, esse impulso para o arrefecimento e para uma abordagem mais científica não deve ser confundido com a tentativa mais recente que procura medicar um presente pretensamente contaminado, lançando mão do nivelamento normalizador de um outro passado, ocupado *negativamente*. Os relógios que marcaram o tempo para a memória coletiva na França jamais coincidiram com os da Alemanha. Enquanto lá a autocompreensão da nação era determinada pelas medidas de interpretação dos liberais e dos socialistas, entre nós as “idéias de 1789”, que, no início, foram recebidas com entusiasmo, logo caíram sob a suspeita de promoverem o terrorismo. E isso aconteceu não somente durante o período prussiano. Com efeito, pode-se afirmar que, alguém do Reno, a linha de uma historiografia conservadora, inclusive agressiva, só foi interrompida após 1945.⁵ Entretanto, as diferenças internacionais da história da recepção nada revelam sobre a verdade de uma tese; sabe-se que a mesma tese adquire sentidos diferentes em contextos distintos. Furet responde à tradição daqueles que, à luz da revolução bolchevista, atribuem à Revolução Francesa o papel de um modelo. Este contexto dialético confere um direito à sua tese sobre o fim da Revolução Francesa – e, ao mesmo tempo, a relativiza.⁶

Quem não é historiador não tem muito o que dizer a respeito desta controvérsia. Ao invés disso, eu gostaria de transferir a questão acerca do possível esgotamento da força orientadora da Revolução Francesa para o nível da teoria política. Ou seja, interesse-me pela seguinte questão normativa: será que a mudança de mentalidade, que se deu nos anos da Revolução Francesa, contém aspectos que pode-

mos aproveitar? Será que a revolução de idéias, de 1789, contém informações que podem contribuir para nossa própria orientação?

I.

1

A questão acerca dos aspectos não resgatados da Revolução Francesa pode ser abordada sob diferentes pontos de vista:

(a) Na França, a Revolução tornou possível e, em parte, apenas acelerou o desenvolvimento de uma sociedade civil móvel e de um sistema econômico capitalista. Ela desencadeou processos que, em outros lugares, se realizaram sem uma transformação revolucionária do poder político e do sistema jurídico. Tal modernização econômica e social perenizou-se através de um caminho repleto de crises, porém de modo profano, sem mistérios. E, hoje em dia, suas conseqüências disfuncionais chamam nossa atenção para os perigos, pois o desenvolvimento incontrolável das forças produtivas e a propagação global da civilização ocidental é sentida mais como ameaça. Não se consegue mais arrancar do projeto capitalista-produtivista uma promessa não-resgatada. A utopia da sociedade do trabalho está esgotada.

(b) Algo semelhante pode ser dito com relação ao surgimento do moderno aparelho do Estado. Para o processo de formação dos Estados e da burocratização, a Revolução Francesa não significa um impulso inovador: na visão de Tocqueville, ela apenas acelera certos elementos preexistentes. Hoje em dia, a pressão de movimentos regionais, de organizações paraestatais e de empresas que operam em nível mundial, faz com que esse nível estatal da integração perca cada vez mais competências. E, onde o *ethos* da racionalidade pragmática ainda sobrevive, quase não encontra mais apoio nos atos de organização imprevisíveis de uma administração estatal que se programa a si mesma.

(c) Todavia, a Revolução Francesa trouxe uma contribuição original: trata-se do Estado nacional, que conseguiu impor ao patriotismo de seus cidadãos o serviço militar obrigatório. Ao lado da consciência nacional, formou-se uma nova forma de integração para os cidadãos liberados dos vínculos estamentais-corporativos. A última leva de Estados, saídos da colonização, tomou como orientação esse modelo francês. Porém as potências mundiais dos EUA e da União

5 Schulin, (1988), 9ss.

6 O próprio Furet empreendeu recentemente esta relativização: F. Furet. *La Révolution 1780-1880*. Paris, 1988; *id.* “La France Unie”, in *La République du Centre*. Paris, 1988; cf. A. I. Hartig. “Das Bicentenaire – eine Auferstehung?”, in *Merkur*, março 1989, 258ss.

Soviética, seguidas por suas sociedades multinacionais, jamais se adaptaram ao esquema da nação-Estado. E os atuais herdeiros do sistema estatal europeu eliminaram o nacionalismo, adotando o caminho de uma sociedade pós-nacional.

(d) Parece que restou um único candidato capaz de afirmar a atualidade da Revolução Francesa: trata-se do Estado democrático de direito. A democracia e os direitos formam o núcleo universalista do Estado constitucional, que resultou das múltiplas variantes da Revolução Americana e Francesa. Esse universalismo manteve sua vitalidade e sua força explosiva, não somente nos países do Terceiro Mundo e na área do poder soviético, mas também nas nações européias, onde uma mudança de identidade atribui ao patriotismo constitucional um novo significado. Isso pelo menos foi o que pensou R. v. Thadden, num encontro franco-alemão, realizado em Belfort: “Com sete ou oito por cento de imigrantes, as nações correm o risco de modificar sua identidade; logo mais, elas não poderão mais se entender como sociedades monoculturais, se não oferecerem pontos de integração capazes de superar a simples descendência étnica. Sob estas condições, impõe-se uma retomada da idéia do sujeito privado enquanto cidadão, a qual é mais aberta e menos rígida que a da tradicional pertença a uma nação”.⁷

No entanto, se a institucionalização de liberdades iguais fosse a única idéia válida, então – pensam muitos – bastaria lançar mão da herança da Revolução Americana, e poderíamos sair da sombra do *terreur*.

Von Thadden, porém, não tira esta conclusão: no discurso proferido na abertura das festividades comemorativas dos 200 anos da Grande Revolução, ele lança mão de idéias tipicamente francesas. No sentido de Rousseau, ele opõe o *bourgeois* e o *citoyen*; e no sentido da tradição republicana, ele cria um elo entre direitos civis e participação, de um lado, e entre fraternidade e solidariedade, de outro. No próprio gesto, se reconhece o fraco eco de velhos motes revolucionários: “*A Europa dos sujeitos privados, a ser construída, necessita da fraternidade, do auxílio mútuo e da solidariedade, para que também os fracos, carentes de ajuda e desempregados estejam em condições*

7 R. v. Thadden. “Die Botschaft der Brüderlichkeit”, in *Süddeutsche Zeitung* (26/27 de nov. 1988).

de ver na Comunidade Européia um progresso em relação às condições existentes. As festividades comemorativas dos 200 anos da Revolução Francesa devem realçar esse apelo em prol da promoção da fraternidade, bem como a idéia do cidadão”.

A Revolução Americana *resultou*, de certa forma, dos acontecimentos; ao passo que os protagonistas da Revolução Francesa tinham consciência de *estarem fazendo* uma revolução. O próprio Furet reconhece, nessa consciência da prática revolucionária, “uma nova modalidade do agir histórico”. Também poderíamos dizer que as revoluções burguesas, tanto a holandesa, como a inglesa e a americana, só se reconheceram *como* revoluções a partir da francesa. Pois, nem o intercâmbio econômico capitalista, nem a forma burocrática do poder legal, nem a consciência nacional e nem o Estado constitucional moderno, poderiam ter surgido de uma transformação entendida *como* revolução, “*porém a França é o país que descobre a cultura democrática através da revolução e que revela ao mundo uma das consciências mais fundamentais do agir histórico*”.⁸ Nossa consciência acerca da situação revela duas coisas: continuamos a apelar para a vontade de ação e para a orientação política e moral daqueles que pretendem modificar a ordem existente; ao mesmo tempo, porém, perdemos a esperança na possibilidade de modificação das circunstâncias através de uma revolução.

2

A consciência revolucionária é o berço de uma nova mentalidade, a qual é cunhada através de uma nova consciência do tempo, de um novo conceito da prática política e de uma nova idéia de legitimação. São especificamente modernas: a consciência histórica que rompe com o tradicionalismo de continuidades tidas como naturais; a compreensão da prática política que se coloca à luz da autodeterminação e da auto-realização; e a confiança no discurso racional, pelo qual passa a legitimação de todo poder político. Sob estes três aspectos, um conceito pós-metafísico de política, radicalmente intramundana, forma a consciência da população que agora se tornou móvel.

8 Furet, (1980), 34.

Todavia, um olhar retrospectivo, lançado sobre os últimos duzentos anos, levanta a suspeita de que esta compreensão da política distanciou-se a tal ponto de suas origens mentais que a consciência da revolução perdeu completamente a sua autoridade. Ou não será verdade que o selo revolucionário, apostado aos anos decorridos entre 1789 e 1794, empalideceu?

(a) A consciência revolucionária expressa-se na convicção de que é possível um novo começo. Nisso se reflete uma consciência histórica modificada.⁹ A história mundial, reduzida às dimensões de um singular, serve como modelo de referência abstrato para um agir voltado ao futuro, que tem a ousadia de separar o presente do passado. Por trás disso se esconde a experiência de uma ruptura com a tradição: atravessa-se o umbral que impedia um tratamento reflexivo de tradições culturais e instituições sociais. O processo de modernização é experimentado como aceleração de acontecimentos que, de certo modo, se abrem à intervenção coletiva que busca um objetivo. A atual geração sente-se responsável pelo destino das gerações futuras, na medida em que o modelo representado pelas gerações passadas perde sua obrigatoriedade. E, no horizonte ampliado das possibilidades futuras, a atualidade do instante torna-se predominante em relação à normatividade daquilo que continua existindo e que simplesmente se introduz na atualidade como algo remanescente. H. Arendt tomou essa confiança enfática e a relacionou com nossa “natalidade” – com o afeto comovente que brota da expectativa de um futuro melhor, e que sentimos à vista de cada recém-nascido.

Há muito tempo, porém, essa vitalidade não é mais a de uma consciência revolucionária. Pois as tradições passam incessantemente pelo crivo dissolvente da reflexão; o enfoque hipotético aplicado às instituições existentes e às formas de vida tradicionais tornou-se algo normal. De outro lado, a própria Revolução passou para o nível da tradição: 1815, 1830, 1848, 1871, 1917 formam os cortes de uma história de lutas revolucionárias, mas também de decepções. A Revolução gera seus dissidentes, cuja rebelião não visa nada mais a não ser a própria Revolução. Esta dinâmica autodestruidora apóia-se num

conceito de progresso, já entrevisto por Benjamin, o qual se volta ao futuro sem se lembrar das vítimas das gerações passadas. De outro lado, as consequências de revoltas juvenis e de novos movimentos sociais em sociedades do tipo ocidental fazem supor que a dinâmica cultural, liberada pela Revolução Francesa, se deposita na mudança imperceptível de valores de amplas camadas da população, e que a consciência esotérica da atualidade, da continuidade e da normatividade quebrada se retirou para os domínios da arte pós-vanguardista.

(b) A consciência revolucionária também se manifesta na convicção de que todos os indivíduos emancipados têm que ser autores de seus destinos. Em suas mãos está o poder de decidir sobre as regras e o modo de sua convivência. Na medida em que eles, enquanto cidadãos, impõem *a si mesmos* as regras às quais desejam obedecer, eles produzem o seu próprio contexto vital. Este é entendido como produto de uma prática cooperativa centrada na formação política consciente da vontade. Uma política radicalmente intramundana entende-se como expressão e confirmação da liberdade que resulta simultaneamente da subjetividade do indivíduo e da soberania do povo. A teoria política abriga, desde o início, princípios individualistas, que privilegiam o indivíduo, e princípios coletivistas, que se concentram na nação. Porém a liberdade política é vista sempre como a liberdade de um sujeito que se determina e se realiza a si mesmo. Autonomia e auto-realização são os conceitos-chaves para uma prática, cujo objetivo reside em si mesma, ou seja, na produção e reprodução de uma vida digna do homem.¹⁰

No entanto, este conceito holista de prática política também perdeu seu brilho e sua força motivadora. Pelo penoso caminho da institucionalização jurídica da participação igualitária de todas as pessoas na formação política da vontade, tornaram-se manifestas as contradições inseridas no próprio conceito da soberania popular. O povo, do qual deve emanar todo o poder organizado em forma de Estado, não forma um sujeito com consciência e vontade. Ele surge sempre no plural: *enquanto* povo ele não é capaz de agir nem de decidir como um todo. Em sociedades complexas, até os esforços mais sérios de auto-organização política fracassam perante obstáculos resultantes

9 R. Koselleck. *Vergangene Zukunft*. Frankfurt/M., 1979; J. Habermas. *Der philosophische Diskurs der Moderne*. Frankfurt/M., 1985, 9ss.

10 Ch. Taylor. “Legitimationskrise”, in *id.*, *Negative Freiheit?* Frankfurt/M., 1988, 235ss.

do sentido próprio do mercado e do poder administrativo. Antigamente, a democracia era imposta contra o despotismo encarnado no rei, em partes da nobreza e do alto clero. Atualmente, a autoridade política se despersonalizou; a democratização não se confronta mais com obstáculos genuinamente políticos, mas com imperativos sistêmicos de um sistema administrativo e econômico diferenciado.

(c) Finalmente, a consciência revolucionária manifestou-se na convicção de que o exercício da autoridade política não pode ser legitimado religiosamente (apelando para uma autoridade divina) ou metafisicamente (apelando para um direito natural, fundado ontologicamente). Pois uma política inteiramente profana tem que ser justificada unicamente pela razão, ou, mais precisamente, por uma teoria construída com elementos pós-metafísicos. As doutrinas do direito natural racional ofereceram-se para desempenhar esta tarefa. Elas tinham transportado o conceito aristotélico de poder político, ou seja, de um poder de livres e iguais sobre si mesmos, para categorias da filosofia do sujeito, fazendo jus a uma compreensão individualista da liberdade e a uma compreensão universalista da justiça. Isso tornou possível entender a prática revolucionária como uma realização dos direitos humanos, precedida por uma teoria; e a própria revolução como algo que surgia de princípios da razão prática. Tal autocompreensão explica também a influência das “*sociétés de penser*” e o papel ativo dos “ideólogos”.

No entanto, tal intelectualismo despertou suspeitas, não somente nos opositores conservadores. Pois a opinião segundo a qual a formação política da vontade é imediatamente teorizável, podendo orientar-se por uma moral previamente consentida, continha consequências desagradáveis para a teoria da democracia e consequências devastadoras para a prática política. A teoria tem que resolver a tensão que se estabelece entre a formação soberana da vontade e a noção apodítica da razão; ao passo que a prática tem que haver-se com o falso endeusamento da razão, que se traduziu no culto do ser supremo e dos emblemas da Revolução Francesa.¹¹ Em nome de uma razão autoritária, acima de qualquer entendimento concreto, foi possível desenvolver-se a dialética dos oradores, a qual apagou a diferença entre moral e tática, desembocando na justificação do terror virtuoso. É por

isso que, de C. Schmitt até Lübke, de Cochin até Furet, o discurso que coloca o poder na palavra foi denunciado como vanguardismo, ou seja, como algo que provoca inevitavelmente a dominação dos oradores intelectuais, que usam o consenso como um adorno.¹²

3

Nossa visão retrospectiva parece sugerir que a mentalidade gerada pela Revolução Francesa se trivializou ao perenizar-se: hoje em dia, ela não forma mais uma consciência revolucionária, tendo perdido sua força utópica e explosiva. Será que essa mudança de forma paralisou suas energias? Há indícios de que a dinâmica *cultural* desencadeada pela Revolução Francesa não se esgotou. Pois somente hoje ela conseguiu produzir as condições para um ativismo cultural despido de todos os privilégios da formação e capaz de esquivar-se das intromissões administrativas; e o pluralismo multifacetado dessas atividades que rompem as barreiras de classes opõe-se à autocompreensão revolucionária de uma nação mais ou menos homogênea; não obstante, a mobilização cultural das massas remonta a essa origem. Nos centros urbanos delineiam-se os contornos de um intercâmbio social, cunhado por formas de expressão socialmente difusas e estilos de vida individualizados. É difícil decifrar a fisionomia ambígua. Não se sabe ao certo se esta “sociedade de cultura” reflete apenas a “força do belo”, utilizada comercialmente de modo abusivo e estratégico – uma cultura de massas privatizante, polida semanticamente –, ou se ela poderia representar a caixa de ressonância para uma esfera pública revitalizada, propícia à germinação das idéias de 1789.

Tenho que deixar isso em aberto e restringir-me, nas páginas seguintes, a argumentos normativos, a fim de descobrir como uma república democrática radical em geral e com ressonância na cultura política deveria ser *pensada* – uma república da qual não podemos apossar-nos como herdeiros felizes, mas que desenvolvemos como um projeto, tendo consciência de uma revolução, ao mesmo tempo, permanente e diária. Não se trata de uma continuação trivial da Revolução com outros meios. O *Danton*, de Büchner, nos ensina

11 J. Starobinski, 1789. *Die Embleme der Vernunft*. Munique, 1988.

12 Há uma concordância surpreendente entre Furet e C. Schmitt: cf. Furet, (1980), 197ss.

como a consciência revolucionária logo é ultrapassada pelas aporias do instrumentalismo revolucionário. A consciência revolucionária traz inscrita a melancolia – a tristeza pelo fracasso de um projeto que, *no entanto, não pode ser abandonado*. Tanto o fracasso como a necessidade de continuá-lo podem ser explicados pelo fato de que o projeto revolucionário ultrapassa a própria Revolução, resistindo aos seus próprios conceitos. Por isso, eu tento traduzir o conteúdo normativo dessa Revolução *sui generis* em conceitos de nossa língua, um empreendimento que se impõe a um intelectual de esquerda que vive na Alemanha, tendo em vista o duplo jubileu dos anos 1789 e 1949 – e que sente na carne o aguilhão de *outros* “jubileus”: os princípios da constituição não lançarão raízes em nossa sensibilidade, a não ser depois que a razão tiver tomado consciência de seus conteúdos orientadores, que apontam para o futuro. Para que o Estado democrático de direito obtenha um sentido normativo capaz de apontar para além do elemento jurídico, ele tem que assumir a forma de um projeto histórico – uma força explosiva, porém estruturadora.

Na visão da teoria política, a história se transforma num laboratório para argumentos. A Revolução Francesa forma, inclusive, uma cadeia de eventos trabalhados com argumentos: ela foi elaborada pelos discursos do direito racional. E deixou vestígios nas ideologias políticas dos séculos XIX e XX. Na visão de quem nasceu depois, as lutas ideológicas entre democratas e liberais, entre socialistas e anarquistas, entre conservadores e progressistas, formam padrões para uma argumentação ainda hoje proveitosa – isso se não formos tão ciosos dos detalhes.

II.

1

A *dialética entre liberalismo e democracia radical*, intensificada pela Revolução Francesa, explodiu em todo o mundo. A disputa gira em torno do modo como a igualdade pode ser combinada com a liberdade, a unidade com a pluralidade, o direito da maioria com o da minoria. Os liberais colocam no início a institucionalização jurídica de liberdades iguais, entendendo-as como direitos subjetivos. Para eles, os direitos humanos gozam de um primado normativo em relação à democracia e a constituição, que divide os poderes, tem o primado em relação à vontade do legislador democrático. De outro lado, os

advogados do igualitarismo entendem a prática coletiva dos sujeitos livres e iguais como formação soberana da vontade. Eles interpretam os direitos humanos como manifestação da vontade soberana do povo, ao passo que a constituição *nasce* da vontade esclarecida do legislador democrático.

Deste modo, a constelação inicial é caracterizada pela resposta que Rousseau dera a Locke. Rousseau, o precursor da Revolução Francesa, entende a liberdade como autonomia do povo e como participação de todos na prática da *autolegislação*. Kant, o filósofo contemporâneo da Revolução Francesa e que confessa ter sido “corrigido” por Rousseau, formula esse ponto da seguinte maneira: “O poder legislador só pode ser o da vontade reunida do povo. Pois, uma vez que dele deve sair todo o direito, esse poder não pode ser injusto com ninguém. No entanto, quando alguém dispõe algo contra um outro, é sempre possível que ele cometa contra esse outro uma injustiça, porém não naquilo que ele dispõe sobre si mesmo (pois *volenti non fit iniuria*). Portanto, somente a vontade unida e consensual de todos pode ser legisladora, na medida em que cada um decide sobre todos e todos sobre cada um, e somente a vontade popular geral unida pode ser legisladora”. (Doutrina do direito, § 46).

O ponto mais interessante desta consideração consiste no vínculo estabelecido entre razão prática e vontade soberana, entre direitos humanos e democracia. E, para que a razão legitimadora do poder não se anteponha mais à vontade soberana do povo – como em Locke –, situando os direitos humanos num estado natural fictício, atribui-se uma estrutura racional à própria autonomia da prática de legislação. Uma vez que a vontade unida dos cidadãos só pode manifestar-se na forma de leis gerais e abstratas, é forçada *per se* a uma operação que exclui todos os interesses não generalizáveis, admitindo apenas as normatizações que garantem a todos iguais liberdades. O exercício da soberania popular garante, pois, os direitos humanos.

Os discípulos jacobinos colocaram este pensamento em prática, provocando a reação liberal. Os críticos argumentam que a ficção da vontade popular unificada só pode ser concretizada, mascarando ou suprimindo a heterogeneidade das vontades individuais. De fato, Rousseau imaginara a constituição do soberano popular como um ato de socialização, através do qual os indivíduos particulares se transformam em cidadãos orientados pelo bem comum. E estes se transformam então em membros de um *corpo* coletivo, passando a ser o

sujeito de uma prática de legislação que se distanciou dos interesses particulares das pessoas privadas, apenas submetidas às leis. No entanto, a sobrecarga moral do cidadão virtuoso lança uma extensa sombra sobre todas as modalidades de rousseunismo. A adoção das virtudes republicanas só é realista para uma comunidade que possui um consenso normativo assegurado previamente através de tradição e do *ethos*: “Quanto menos as vontades individuais se referirem à vontade geral – isto é, aos costumes e leis –, tanto maior tem que ser o poder coercitivo”.¹³ Deste modo, as objeções liberais contra o rousseunismo podem apoiar-se no próprio Rousseau: as sociedades modernas não são homogêneas.

2

Os oponentes sublinham a variedade de interesses a serem satisfeitos e o pluralismo de opiniões a ser submetido a um consenso da maioria. Entretanto, a crítica à “tirania da maioria” surge em duas variantes distintas. O liberalismo clássico de um Alexis de Tocqueville entende a soberania do povo como um princípio de igualdade a ser limitado. É o medo do indivíduo (*bourgeois*), que teme ser suplantado pelo cidadão (*citoyen*); e se a constituição do Estado de direito, que separa os poderes, não colocar *limites* à democracia do povo, as liberdades pré-políticas do indivíduo correm perigo. Com isso, a teoria sofre um retrocesso: a razão prática que se incorpora na constituição entra novamente em conflito com a vontade soberana das massas políticas. E retorna o problema que Rousseau pretendia resolver através do conceito da autolegislação. Por isso, um liberalismo esclarecido democraticamente tem que manter a intenção de Rousseau.

Por este lado, a crítica não desemboca numa limitação, e sim numa reinterpretação do princípio da soberania do povo; esta só pode manifestar-se sob as condições discursivas de um processo diferenciado de formação da opinião e da vontade. Antes mesmo de John Stuart Mill ter estabelecido uma conexão entre a igualdade e a liberdade no conceito de uma esfera pública discursiva, no texto *On Liberty*, escrito em 1859, Julius Fröbel, um democrata do sul da

13 J.-J. Rousseau. *Staat und Gesellschaft*. Munique, 1959, 53 (*Contrat Social*, Livro 3, Cap. I).

Alemanha, desenvolveu, em 1848, a idéia de uma vontade geral pensada de modo não-utilitarista, a qual deve formar-se da vontade livre de todos os *habitantes dos burgos*, através de discussão e de consenso: “Nós queremos a república social, isto é, o Estado no qual se reconhece a felicidade, a liberdade e a dignidade de cada um em particular como fim comum de todos e no qual a perfeição do direito e do poder da sociedade resulta do entendimento e do acordo de todos os seus membros”.¹⁴

Um ano antes, Fröbel publicara o *Sistema da política social*,¹⁵ no qual ele liga de modo interessante o princípio da livre discussão ao princípio da maioria. Ele atribui ao discurso público o papel que Rousseau adscreeva à força presumivelmente universalizadora da simples *forma* da lei. O sentido normativo da validade de leis que merecem o assentimento não pode ser esclarecido pelas qualidades lógico-semânticas de leis gerais e abstratas. Ao invés disso, Fröbel recorre às condições comunicacionais sob as quais é possível combinar a formação da opinião orientada pela verdade com uma formação majoritária da vontade. Ao mesmo tempo, ele mantém o conceito rousseuniano de autonomia: “Uma lei só existe para aquele que a fez ou que anuiu a ela; para todos os outros ela não passa de um mandamento ou de uma ordem”. (97) Por isso, as leis exigem o assentimento fundamentado de todos. Porém o legislador democrático resolve com maioria. E uma coisa só se combina com a outra se a regra da maioria mantiver um relação interna com a busca da verdade: o discurso público tem que mediar entre a razão e a vontade, entre a formação da opinião de todos e a formação majoritária da vontade dos representantes do povo.

Para se ter uma decisão da maioria, é necessário que o seu conteúdo possa ser tomado como o resultado racionalmente motivado, mesmo que *falível*, de uma discussão, *provisoriamente* encerrada, sobre aquilo que é correto: “A discussão permite que as convicções que se desenvolveram, no espírito de diferentes pessoas, se influen-

14 J. Fröbel. *Monarchie oder Republik*. Mannheim, 1848, 6.

15 J. Fröbel. *System der sozialen Politik*. Mannheim, 1847 (Reimpressão: Editora Scientia, Aalen, 1975; as páginas citadas são desta edição).

ciem mutuamente, esclarece-as e amplia o círculo daqueles que as reconhecem. ... A determinação prática do direito é a consequência do desenvolvimento e do reconhecimento da consciência jurídica teórica que já existia na sociedade, porém ... só pode ter sucesso pelo caminho da votação e da decisão da maioria de vozes". (96) Fröbel interpreta a decisão da maioria como acordo condicionado, ou, ainda, como o assentimento da minoria a uma prática que se orienta pela vontade da maioria: "Não se exige da minoria que, ao abdicar de sua vontade, considere sua própria opinião errônea, nem se exige que ela abandone seu objetivo, porém, ... que ela renuncie provisoriamente à aplicação prática de sua convicção até conseguir impor os seus argumentos e conseguir o número necessário de votos". (108-109)

3

A posição de Fröbel mostra que a tensão normativa entre igualdade e liberdade pode ser aliviada a partir do momento em que se abandona a interpretação concretista do princípio da soberania do povo. Fröbel não segue o caminho de Rousseau, que toma a razão prática na simples forma de uma lei geral e a impõe à vontade soberana de uma coletividade: ele a ancora num procedimento de formação da opinião e da vontade, o qual vai determinar quando uma vontade política, que não se identifica com a razão, tem a seu favor a suposição da razão. Isso preserva Fröbel de cair numa desvalorização normativa do pluralismo. O discurso público é a instância mediadora entre razão e vontade: "A unidade de convicções seria uma infelicidade para o progresso do conhecimento; ao passo que a unidade do fim é uma necessidade nos assuntos da sociedade". (108) A produção majoritária de uma vontade unitária pode ser combinada com o "princípio da igual validade da vontade pessoal de todos", porém somente se se ligar ao princípio, "da redução do erro pelo caminho da convicção". (105) E, para impor-se contra maiorias tirânicas, esse princípio tem que afirmar-se em discursos públicos.

Fröbel postula, por isso, a formação do povo, um alto nível de educação para todos e liberdade para manifestações teóricas da opinião e para propaganda. Ele é o primeiro a reconhecer a importância política e constitucional dos partidos e da luta partidária pela maioria dos votos, a ser conduzida com os meios da "propaganda teórica". Somente estruturas comunicacionais abertas podem impedir a preva-

lência dos partidos de vanguarda. Devem existir apenas "partidos" e não "seitas": "O partido pretende validar o seu objetivo particular dentro do Estado, ao passo que a seita pretende superar o Estado através de seu objetivo particular. O partido deseja chegar ao poder no Estado, enquanto a seita procura submeter o Estado à sua própria forma de vida. Ao chegar ao poder no Estado, o partido tende a dissolver-se nele; a seita, ao invés disso, procura chegar ao poder dissolvendo o Estado em si mesma." (277) Fröbel toma os partidos mais ou menos dispersos de sua época e os estiliza em associações livres, especializadas em exercer influência sobre o processo de formação pública da opinião e da vontade, acima de tudo através de argumentos. Eles representam o núcleo organizatório de um público de cidadãos, que discute, servindo-se de diferentes canais, que decide com maioria e que assume o lugar do soberano.

Em Rousseau, o soberano incorporava o poder e o monopólio legal do poder, ao passo que o público de Fröbel não constitui mais um corpo, e sim, o *medium* de um processo de formação da opinião, por vários canais, que substitui o poder através de entendimento e que é capaz de motivar racionalmente decisões majoritárias. De sorte que, na esfera pública, os partidos e a disputa entre os partidos estão destinados a perpetuar, segundo Fröbel, o ato rousseauiano do contrato social na forma de uma "revolução legal e permanente". Os princípios de Fröbel eliminam da ordem constitucional tudo o que é substancial; de modo rigorosamente pós-metafísico, eles não configuram "direitos naturais", e sim o procedimento da formação da opinião e da vontade, a qual assegura liberdades iguais através de direitos gerais de participação e de comunicação: "Através do contrato constitucional, os partidos aceitam que suas opiniões passem antes por uma livre discussão e renunciam à adoção de qualquer teoria que não tenha a seu favor a maioria dos membros do Estado. Ora, assumindo o contrato constitucional, os partidos concordam nos seguintes pontos: que a unidade do fim deve ser garantida através da maioria dos simpatizantes da teoria; que a propaganda da teoria deve ser deixada a cada um em particular; que se deve continuar formando a constituição e a legislação levando em conta o resultado de todos os esforços individuais, o qual surge nas votações". (113) Os primeiros três artigos da constituição determinam condições e procedimentos para uma formação racional e democrática da vontade, ao passo que o quarto artigo proíbe a imutabilidade da constituição e qualquer tipo

de limite imposto *de fora* à soberania popular procedimentalizada. Os direitos humanos não *concorrem* com a soberania do povo; pois eles se identificam com as condições constitutivas de uma prática de formação pública e discursiva da vontade, que se limita a si mesma. A partir daí, a divisão dos poderes se explica pela lógica da aplicação e da realização controlada das leis que surgiram por este caminho.

III

1

Na *controvérsia sobre socialismo e liberalismo*, o nível do discurso sobre a liberdade e a igualdade é outro. Esta dialética já se fizera presente na Revolução Francesa, a partir do momento em que Marat se voltou contra o formalismo das leis, referindo-se à “tirania legal”, quando Jacques Roux lamentou que a igualdade das leis se dirigia contra os pobres e quando Babeuf criticou a institucionalização das liberdades iguais em nome de uma satisfação eqüitativa das necessidades de cada um.¹⁶ Porém esta discussão somente adquiriu contornos claros na primeira fase do socialismo.

No século XVIII, a crítica à injustiça social tomara como alvo as conseqüências políticas. Para reclamar do *Ancien Régime* as liberdades iguais, próprias do Estado constitucional democrático e da ordem do direito privado burguês, bastava empregar argumentos jurídicos, isto é, do direito racional. No entanto, à medida que a monarquia constitucional e o código de Napoleão se impunham, tomava-se consciência *de um outro tipo* de desigualdades. O lugar das desigualdades resultantes de privilégios políticos foi ocupado pelas que se desenvolvem no quadro da institucionalização jurídica privada de liberdades iguais. Trata-se agora das conseqüências sociais da distribuição desigual de um poder de disposição econômica, exercido de modo apolítico. Marx e Engels tomam da economia política os argumentos com os quais denunciam a ordem jurídica burguesa como expressão jurídica de condições de produção injustas – e, com isso,

16 H. Dippel. “Die politischen Ideen der französischen Revolution”, in *Pipers Handbuch der Politischen Ideen*, vol. 4, Munique, 1986, 21ss.

ampliam o conceito do político. O que está à disposição não é apenas a organização do Estado, mas a estruturação da sociedade em seu todo.¹⁷

Esta mudança de perspectivas fez surgir um nexo funcional entre estrutura de classes e sistema jurídico, o qual viabiliza a crítica ao formalismo jurídico que permite a desigualdade do conteúdo de direitos, os quais passam a ser iguais apenas no teor. Esta mudança de perspectivas termina deslocando a visão sobre o problema da formação política da vontade, resultante da formação social da vontade. No entanto, Marx e Engels deram-se por satisfeitos com referências à Comuna de Paris, deixando mais ou menos de lado questões envolvendo a teoria da democracia. Eles recusam globalmente o formalismo jurídico e a esfera do direito como um todo. Ora, se levarmos em conta a formação filosófica de ambos, é possível afirmar que leram Rousseau e Hegel com os olhos de Aristóteles, que não tomaram conhecimento do universalismo kantiano e iluminista e que interpretaram de modo demasiado concretista a idéia de uma sociedade libertada. Eles entenderam o socialismo como uma figura historicamente privilegiada, dotada de eticidade concreta, e não como um conjunto de condições necessárias para formas de vida emancipadas, sobre as quais os *próprios* envolvidos e afetados têm que entender-se.

O conceito político ampliado não se apoiou numa compreensão mais profunda dos modos de funcionamento, das formas de comunicação e das condições de institucionalização de uma formação igualitária da vontade. A idéia diretriz resumiu-se a uma representação holista de uma sociedade do trabalho politizada. Os primeiros socialistas esperavam que, uma vez instaurada a produção correta, as formas de convivência entre trabalhadores livremente associados decorreriam normalmente por si mesmas. Esta idéia de uma auto-administração dos trabalhadores fracassou de encontro à complexidade das sociedades desenvolvidas e funcionalmente diferenciadas; e isso apesar de Marx ter representado a utopia da sociedade do trabalho como um império da liberdade a ser construído sobre a base de um império da necessidade regulado sistemicamente. A estratégia desenvolvida por Lenin, visando conquistar o poder através do revolucio-

17 O. Negt, E. The. Mohl. “Marx und Engels – der unaufgehabene Widerspruch von Theorie und Praxis”, in *Pipers Handbuch der Politischen Ideen*, vol. 4, 449ss.

nário profissional, também não conseguiu preencher o lugar da teoria política inexistente. As consequências práticas desse déficit não tardaram a se manifestar nas aporias do socialismo burocrático, apoiado numa vanguarda política calcificada em *nomenklatura*.

2

De outro lado, os sindicatos e partidos reformistas que operam no quadro do Estado democrático de direito se frustraram, ao tentar concretizar o compromisso do Estado do bem-estar social, ou melhor, tiveram que contentar-se com uma simples adaptação da herança liberal-burguesa e renunciar ao cumprimento das promessas radical-democratas. O parentesco espiritual entre reformismo e liberalismo de esquerda (entre E. Bernstein e F. Naumann, os padrinhos da coalizão social-liberal) repousa no objetivo comum da universalização dos direitos civis delineados no Estado do bem-estar social¹⁸ A normalização do *status* do trabalho dependente, a participação política e os direitos de participação social devem propiciar à massa da população a chance de viver em segurança, justiça social e bem-estar crescente. Os partidos que chegaram ao governo devem utilizar as alavancas do poder administrativo, para implantar estes objetivos de modo intervencionista, na base de um crescimento capitalista disciplinado e cultivado. Segundo a representação ortodoxa, a emancipação social deveria ser conseguida pelo caminho de uma revolução política, a qual torna posse do aparelho do Estado apenas para dismantelá-lo. Para conseguir a pacificação social, o reformismo tem que seguir o caminho das intervenções do Estado do bem-estar social; porém, nesse processo, os partidos são sugados por um aparelho estatal em expansão. Com o processo da estatização dos partidos, a formação política da vontade desloca-se para um sistema político que se programa a si mesmo. E este adquire autonomia em relação às fontes democráticas de sua legitimação, na medida em que consegue *extrair* a lealdade das massas da esfera pública. Deste modo, o outro lado de um Estado social relativamente bem-sucedido consiste numa democracia de massas que passa a assumir feições de um processo de legitimação *regulado*

18 O. Kallscheuer. "Revisionismus und Reformismus", in *Pipers Handbuch der Politischen Ideen*, vol. 4., Munique, 1986, 545ss.

administrativamente. E, no nível programático correspondente, temos a resignação, que aceita a renúncia à democracia e o escândalo de um "destino natural" imposto pelo mercado de trabalho.

Isso explica a atualidade do *diálogo* entre o *anarquismo* e o *socialismo*, desde os primórdios do século XIX. A prática da revolução pequeno-burguesa dos *sans culottes* foi assumida pela crítica social anarquista e pela discussão dos Conselhos, recebendo os contornos de uma teoria fundada em argumentos. E, nesse processo, as técnicas de auto-organização, tais como a continuidade do aconselhamento, mandato imperativo, rodízio dos cargos, entrelaçamento entre os poderes, etc., talvez não sejam tão importantes como as próprias formas de organização ou tipos de associações voluntárias.¹⁹ Estas possuem um grau mínimo de institucionalização. Os contatos horizontais, no nível de interações simples, devem condensar-se numa prática intersubjetiva de decisão e de consulta, a qual deve ser suficientemente forte para conseguir manter *outras* instituições que se encontram na fase inicial nebulosa, preservando-as do esvaziamento. Essa forma de "antiinstitucionalismo" aproxima-se das velhas representações liberais de uma esfera pública apoiada em instituições, na qual é possível a realização da prática comunicativa de uma formação da opinião e da vontade dirigida pela argumentação. Quando Donoso Cortes critica o liberalismo por ter erigido falsamente a discussão como princípio de decisão política e quando C. Schmitt, ajuntando-se a ele, denuncia a burguesia liberal como a classe que apenas discute, ambos têm diante dos olhos as consequências anarquistas da discussão pública, ou seja, as consequências que *dissolvem o poder*. O mesmo motivo continua a movimentar os inúmeros discípulos de Carl Schmitt na sua luta fantástica contra os mentores intelectuais de uma "guerra civil européia".

A forma organizacional de associações voluntárias pode ser tomada como um conceito sociológico que permite pensar de modo não-contratualista relações isentas de dominação, que surgem espontaneamente. A partir daí, a sociedade isenta de dominação não precisa mais ser pensada como a ordem instrumental e pré-política resultante de contratos, isto é, de negociações de pessoas privadas que se orientam por interesses e pelo sucesso no agir. Uma sociedade integrada através de associações, e não

19 P. Lösche. "Anarchismus", in *Pipers Handbuch der Politischen Ideen*, vol. 4, 415ss.

através de mercados, continuaria sendo uma ordem política e, no entanto, isenta de dominação. Os anarquistas pensam que a socialização espontânea não resulta do direito racional, nem do interesse na troca vantajosa de bens, mas da disposição para o entendimento capaz de solucionar problemas e coordenar a ação. As associações distinguem-se das organizações formais, pois a finalidade da união continua dependendo dos objetivos e dos valores dos membros associados.

2

Entretanto, este projeto anarquista de uma sociedade que se esgota no entrelaçamento horizontal de associações jamais conseguiu ultrapassar o nível utópico; e principalmente hoje, ele não consegue fazer jus à necessidade de organização e de regulação das sociedades modernas. No sistema da economia e da administração, as funções de organização estão desligadas da orientação dos membros, pois as interações passam a ser reguladas pela mídia; na perspectiva da ação, há uma inversão entre fins e meios – o processo de administração e de aproveitamento torna-se autônomo, um fetiche. Porém a suspeita anarquista pode ser convertida criticamente num método em duas direções: contra a cegueira sistêmica de uma teoria normativa da democracia, a qual se engana sobre a desapropriação burocrática da base; e contra o estranhamento fetichista de uma teoria do sistema que liquida sumariamente tudo o que é normativo, excluindo analiticamente qualquer possibilidade de uma comunicação da sociedade sobre si mesma como um todo.²⁰

As clássicas teorias da democracia partem do fato de que a sociedade tem influência sobre si mesma através do legislador soberano. O povo programa as leis e estas, por seu turno, programam o exercício e a aplicação das leis, de modo que os membros da sociedade obtêm as prestações e regulações através das decisões da administração e da justiça, que eles mesmos programaram, exercendo o papel de cidadãos. Essa *idéia da influência da sociedade sobre si mesma, programada através de leis*, torna-se plausível a partir da suposição de que a sociedade como um todo pode ser representada como uma superassociação que se determina a si mesma através do direito e do poder político. Entrementes, o esclarecimento sociológico nos ensinou algo melhor sobre a real circulação do poder;

sabemos também que a forma da associação não é suficientemente complexa para estruturar o conjunto vital da sociedade como um todo. Aqui não interessa aprofundar esses pontos. No entanto, a análise conceitual da constituição do direito e do poder político, que pressupõe o entrelaçamento entre os dois, revela que no *medium* pelo qual deve correr o auto-influenciamento programado legalmente também está inserido o *contra-sentido de uma circulação autoprogramada* do poder.

Antes de assumir funções *próprias*, o direito e o poder político têm funções mútuas a preencher, ou seja, o direito tem que estabilizar expectativas de comportamento, e o poder político, decisões coletivamente impositivas. Deste modo, o direito empresta ao poder, do qual obtém seu caráter obrigatório, a forma jurídica da qual ele obtém, por seu turno, o caráter impositivo e vice-versa. Cada um desses dois códigos requer uma perspectiva própria – o direito, uma perspectiva normativa, e o poder, uma instrumental. Na perspectiva do direito, as políticas, as leis e as medidas necessitam de fundamentação normativa; ao passo que, na perspectiva do poder, elas funcionam como meios e limitações para a reprodução do poder. Na perspectiva da legislação e da justiça, o direito é tratado de modo normativo; e na perspectiva da manutenção do poder, ele é tratado de modo instrumental. Na perspectiva do poder, a circulação legalmente programada da auto-influência normativa assume o *contra-sentido de uma circulação autoprogramada do poder*: a administração se programa a si mesma, na medida em que regula o comportamento do público de eleitores, programa o governo e a legislação, funcionalizando a jurisdição.

No decorrer do desenvolvimento do Estado social, o *contra-sentido* instalado *conceitualmente* no *medium* de uma atuação jurídico-administrativa própria emergiu, cada vez mais, em nível empírico. Ficou claro que os meios administrativos que convertem programas do Estado do bem-estar social não representam um *medium* passivo, destituído de características próprias. De fato, o Estado intervencionista transformou-se de tal modo num subsistema centrado em si mesmo, regulado pelo poder, e atraiu de tal modo os processos de legitimação para o seu ambiente, que se recomenda modificar a própria *idéia* normativa de uma auto-organização da sociedade. Eu sugiro introduzir uma distinção no próprio conceito do político, seguindo uma dupla perspectiva instrumental-normativa.²¹

20 N. Luhmann. *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*. Munique, 1981.

21 J. Habermas. *Die Neue Unübersichtlichkeit*. Frankfurt/M., 1985.

Podemos fazer uma distinção entre poder *produzido comunicativamente* e poder *empregado administrativamente*. A partir daí, temos a esfera pública política dominada por dois processos que se cruzam em sentido contrário: a produção comunicativa do poder legítimo, para a qual H. Arendt esboçou um modelo normativo, e a obtenção da legitimação através do sistema político, através da qual o poder administrativo se torna reflexivo. Para saber como ambos os processos se interpenetram, ou seja, o processo de formação espontânea da opinião em esferas públicas autônomas e o processo de obtenção organizada da lealdade das massas, e, para saber quem sobrepuja quem, é preciso descer ao plano empírico. Porém a mim me interessa, antes de tudo, o fato de que, à medida que essa diferenciação se torna relevante empiricamente, a compreensão normativa de uma auto-organização democrática da comunidade jurídica tem que se modificar.

IV

1

Inicialmente, coloca-se a questão acerca do tipo de influência. Torna-se problemático o modo como o sistema administrativo pode ser programado através das políticas e leis oriundas de processos de formação pública da opinião e da vontade, uma vez que ele tem que traduzir todas as exigências normativas para a própria linguagem. A administração que opera no quadro das leis obedece a critérios próprios de racionalidade; na perspectiva da utilização do poder administrativo, não conta a razão prática da aplicação de normas, porém a eficácia da implementação de um programa dado. Quer dizer: em primeira linha, o sistema administrativo trata o direito de modo instrumental; na linguagem do poder administrativo, os argumentos normativos que justificam as políticas escolhidas e as normas estabelecidas valem apenas como racionalizações póstumas para decisões preliminarmente induzidas. Sem dúvida, o poder político depende de razões normativas, pois tem que ser conforme ao direito. Por isso, os argumentos normativos constituem um padrão que permite ao poder comunicativo adquirir relevância. A administração e a economia nos ensinam o modelo da regulação indireta, da influência sobre mecanismos da auto-regulação (por exemplo, “ajuda para a auto-ajuda”).

Talvez seja possível transpor esse modelo para a relação entre a administração e a esfera pública democrática. O poder legítimo produzido comunicativamente pode influir no sistema político, assumindo em suas mãos o *pool* de argumentos que necessariamente acompanham a racionalização das decisões administrativas. Pois, quando a comunicação política, anterior ao sistema político, desvaloriza discursivamente os argumentos normativos introduzidos por ele, tudo o que é factível para o sistema político perde seu valor absoluto.

Além disso, coloca-se a questão acerca da possibilidade de uma democratização dos próprios processos de formação da opinião e da vontade. Os argumentos normativos podem obter um efeito regulador indireto, quando sua gênese não for regulada pelo sistema político. Ora, os processos democráticos do Estado de direito institucionalizam as formas de comunicação necessárias para uma formação racional da vontade. Sob este ponto de vista, é possível submeter a moldura institucional na qual se realiza atualmente o processo de legitimação a uma avaliação crítica. Com um pouco de fantasia institucional, encontraríamos maneiras de complementar as corporações parlamentares existentes, submetendo-as a instituições com poder para obrigar o judiciário e o executivo a se legitimarem, de um modo mais eficaz, perante a esfera pública jurídica e a clientela atingida. O problema mais difícil consiste em saber como a formação da opinião e da vontade, já institucionalizadas, pode tornar-se autônoma. Pois esta só gera o poder comunicativo na medida em que as decisões da maioria satisfazem às condições especificadas por Fröbel, ou seja, na medida em que surgem discursivamente.

Para que a racionalidade das decisões possa ser assegurada através do suposto laço interno entre a formação política da opinião e da vontade, é necessário que as consultas no interior das corporações parlamentares não dependam de premissas ideológicas *previamente estabelecidas*. A reação contra isso sempre se deu no sentido da interpretação liberal-conservadora do princípio de representação, ou seja, tentando imunizar a política organizada contra a opinião popular facilmente manipulável. No entanto, é contraditório, do ponto de vista normativo, defender a racionalidade, contrapondo-a à soberania popular, pois, se a opinião dos eleitores é irracional, também o será a escolha dos representantes! Esse dilema desperta a atenção para a relação que existe entre a formação política da vontade, regulada pelo direito, a qual não foi tematizada por Fröbel e que é capaz de levar a

deliberações (neste nível acontecem as eleições gerais) e o ambiente dos processos informais de opinião, não regulados, por não se encontrarem sob a pressão de uma decisão. Segundo Fröbel, os processos democráticos instaurados juridicamente só podem levar a uma formação racional da vontade, se a formação organizada da opinião for porosa, isto é, aberta aos valores, temas, contribuições e argumentos – que oscilam livremente – de uma comunicação política tomada globalmente, a qual não pode ser *organizada* enquanto tal.

Portanto, a expectativa normativa acerca de resultados racionais se funda no jogo que se estabelece entre a formação política da vontade, constituída institucionalmente, e os fluxos comunicacionais espontâneos de uma esfera pública não organizada e não programada para tomar decisões, os quais não são absorvidos pelo poder. Neste contexto, a esfera pública funciona como conceito normativo. Associações livres formam os pontos de entroncamento de uma rede comunicacional nascida do entrelaçamento de esferas públicas autônomas. Tais associações se especializam na produção e propagação de convicções práticas, portanto em descobrir temas relevantes para a sociedade em geral, em trazer contribuições para possíveis soluções de problemas, em interpretar valores, em produzir bons argumentos e em desvalorizar outros. Porém sua eficácia não é direta, pois apenas deslocam os parâmetros da formação regulada da vontade, modificando os enfoques e os valores. A crescente influência das oscilações político-culturais intransparentes no comportamento eleitoral da população revela que tais considerações não perderam inteiramente o contato com a realidade social. Porém nós nos interessamos apenas com as implicações normativas dessa descrição.

2

Apoiando-se em H. Arendt, A. Wellmer elaborou a estrutura auto-referencial desta prática pública, da qual resulta o poder comunicativo.²² Tal prática comunicativa é onerada com a tarefa de se

22 H. Arendt. *Macht und Gewalt*. Munique, 1971; J. Habermas. "Hannah Arendts Begriff der Macht", in *id. Philosophisch-politische Profile*. Frankfurt/M., 1981, 228ss.

estabilizar a si mesma; a cada nova contribuição importante, o discurso público tem que manter presente o sentido de uma esfera pública política intacta. Deste modo, a esfera pública continua tematizando-se a si mesma em sua função; pois os pressupostos existenciais de uma prática não organizável têm que ser assegurados através dela. As instituições da liberdade pública têm o seu fundamento no solo movediço da comunicação política daqueles que, ao utilizá-la, a interpretam e defendem. Tal *reprodução auto-referencial* da esfera pública revela o lugar onde se refugiou a expectativa de uma auto-organização soberana da sociedade. A conseqüência disso é uma dessubstancialização da idéia de soberania do povo. No entanto, a própria idéia de que uma rede de associações poderia tomar o lugar do corpo popular, que foi rejeitado, é por demais concretista.

A soberania, completamente fragmentada e espalhada aos quatro ventos, não consegue mais incorporar-se nas cabeças dos membros associados: ela pode aparecer, quando muito, nas formas de comunicação destituídas de sujeito, que regulam o fluxo da formação discursiva da opinião e da vontade, a ponto de se poder pensar que seus resultados falíveis têm a seu favor a suposição da razão prática. Ou seja, uma soberania popular que se tornou sem sujeito, anônima e diluída de modo intersubjetivista, se retira para os procedimentos democráticos e para os pressupostos comunicacionais pretensiosos de sua implementação. Ela se sublima, assumindo a forma de interações herméticas que se estabelecem entre uma formação da vontade institucionalizada juridicamente e esferas públicas mobilizadas culturalmente. A soberania diluída comunicativamente vem à tona no poder dos discursos públicos, o qual resulta de esferas públicas autônomas; porém ela tem que assumir contornos nas deliberações de instituições destinadas à formação da opinião e da vontade, constituídas democraticamente, porque a responsabilidade por deliberações relevantes do ponto de vista prático exige uma clara responsabilidade institucional. O poder comunicativo é exercido à maneira de um assédio. Mesmo não tendo intenções de conquista, ele interfere nas premissas dos processos de juízo e de decisão do sistema político, a fim de fazer valer seus imperativos, na única linguagem capaz de ser entendida pela fortaleza sitiada: ele administra o *pool* de argumentos que o poder administrativo pode, é verdade, manipular instrumentalmente, porém não ignorar, uma vez que é estruturado conforme o direito.

É certo que tal “soberania popular” procedimentalizada não pode operar sem a cobertura de uma cultura política, sem os modos de pensar e de agir, mediados pela tradição e pela socialização, de uma população *acostumada* com a liberdade política: não pode haver formação política racional da vontade sem a contrapartida de um mundo da vida racionalizado. Entretanto, para que esta tese não oculte mais uma vez o *ethos* da tradição republicana, que sempre sobrecarregou moralmente as pessoas, é preciso mostrar o que o aristotelismo político consegue realmente captar através do conceito “*ethos*”; temos que esclarecer como é possível entrelaçar, em princípio, o interesse próprio e a moral do cidadão. Para tornar o comportamento político normativo *imputável*, é preciso desdobrar a substância moral da autolegislação – que, em Rousseau, fora compactada num único ato – em vários degraus de um processo de formação procedimentalista da opinião e da vontade, e decompor-la em inúmeros fragmentos. É preciso mostrar que a moral política só pode ser recolhida em trocados²³ Com relação a isso, tenho que me contentar com uma pergunta e uma breve ilustração:

Por que os deputados deveriam apoiar suas decisões em juízos corretos e, como estamos pressupondo, formados mais ou menos discursivamente, evitando utilizar as razões legitimadoras como simples pretexto? Porque as instituições estão organizadas de tal forma que, via de regra, procuram evitar a crítica de seus eleitores, uma vez que os representantes podem ser castigados, na próxima vez, por seus eleitores, ao passo que eles não dispõem de iguais meios de sanção. Entretanto, que razões poderiam levar os eleitores a submeter o seu voto a uma opinião pública formada mais ou menos discursivamente, ao invés de simplesmente ignorar argumentos legitimadores? Porque normalmente eles só podem escolher entre os seus próprios interesses e os objetivos gerais e imprecisos dos partidos populares, situando-se na luz de interesses generalizados. É preciso perguntar, no entanto, se esses dois pressupostos não são por demais utópicos. Ora, no quadro de nossas considerações meramente normativas acerca de alterna-

tivas possíveis, eles não fogem inteiramente à realidade. Vimos que os procedimentos democráticos, introduzidos no Estado de direito, poderiam proporcionar resultados racionais na medida em que a formação da opinião entre as corporações parlamentares continuasse sensível aos resultados de uma formação informal da opinião resultante de esferas públicas autônomas e que se forma à sua volta. Certamente esse segundo pressuposto de uma esfera pública política, não encampada pelo poder, não é realista; porém, se entendido corretamente, ele deixa de ser mera utopia. Ele poderia ser preenchido no momento em que surgissem associações formadoras da opinião, capazes de cristalizar ao seu redor esferas públicas autônomas que liberam, modificam e filtram criticamente o leque de temas, valores e argumentos canalizados através dos meios de comunicação de massa, das associações e dos partidos. Em última instância, o surgimento, a reprodução e a influência de tal rede de associações fica na dependência de uma cultura política liberal e igualitária, nervosa e sensível a problemas da sociedade como um todo, que se encontra em constante vibração, formando uma caixa de ressonância.

3

Suponhamos, por um momento, que as sociedades complexas se abram a tal democratização fundamental. Neste caso, levantam-se imediatamente as *objeções conservadoras* que, desde a época de Burke, foram aduzidas contra a Revolução Francesa e suas conseqüências.²⁴ Numa derradeira rodada, temos que levar em conta os argumentos que nos fazem recordar a idéia ingênua de progresso, cultivada por espíritos tais como Louis de Bonald e Joseph de Maestre. Segundo esta linha, o projeto superesforçado de uma auto-organização da sociedade passa por alto, e sem a menor cerimônia, o peso das tradições, o elemento orgânico, fontes e reservas que não se renovam ao bel-prazer. De fato, a compreensão instrumental de uma prática que simplesmente realiza a teoria teve efeitos desastrosos. Robespierre contrapôs a revolução à consti-

23 U. Preuss. “Was heisst radikale Demokratie heute?”, in Forum für Philosophie. Bad Homburg (ed.): *die Ideen von 1789*, Frankfurt/M., 1989, 37-67.

24 H. J. Puhle. “Die Anfänge des politischen Konservatismus in Deutschland”, in *Pipers Handbuch der Politischen Ideen*, vol. 4, 255ss.

tuição: segundo ele, a revolução existe para a guerra e a guerra civil, ao passo que a constituição existe para a paz vitoriosa. De Marx até Lênin, a intervenção teoricamente informada dos revolucionários deveria simplesmente completar a teleologia da história, mantida em movimento pelas forças produtivas. Porém esse tipo de confiança filosófico-histórica não pode mais apoiar-se na soberania popular procedimentalizada. A partir do momento em que a razão prática perdeu o sujeito, a institucionalização progressiva dos processos racionais de formação coletiva da vontade não pode mais ser entendida como um fim em si mesmo, ou como um processo de produção sublime. Hoje em dia perenizou-se o processo de uma *realização* crítica de princípios constitucionais universalistas, inclusive nos atos mais simples da legislação. Os debates que precedem as deliberações realizam-se sob condições de uma mudança social e político-cultural, cujo movimento pode ser indiretamente acelerado ou freado, mas não regulado por intervenções políticas. De sorte que a constituição deixou de ser estática; mesmo que o teor das normas permaneça inalterado, suas interpretações não se imobilizaram.

O Estado democrático de direito transforma-se num projeto, resultado e, ao mesmo tempo, mola de uma racionalização do mundo da vida, a qual ultrapassa as fronteiras do político. O único conteúdo do projeto é a institucionalização progressivamente melhorada dos processos de formação racional e coletiva da vontade, os quais não podem prejudicar os objetivos concretos dos participantes. Qualquer, passo nesse caminho tem efeitos retroativos sobre a cultura política e as formas de vida, sem as quais não poderiam surgir formas de comunicação adequadas à razão prática.

Tal compreensão culturalista da *dinâmica* da constituição parece sugerir que a soberania do povo é transposta para a dinâmica cultural de vanguardas formadoras da opinião. No entanto, essa suposição alimenta uma suspeita contra os intelectuais: eles têm o poder da palavra e roubam para si mesmos o poder que simulam dissolver através do *medium* da palavra. E contra o domínio dos intelectuais é preciso afirmar o seguinte: a eficácia do poder comunicativo é indireta, apresentando-se como limitação da realização do poder administrativo – que é o poder exercido de fato. E, para preencher a supramencionada função de assédio, a opinião pública informal tem que seguir o caminho da deliberação responsável e organizada através de procedimentos democráticos. Mais importante ainda é o fato de que a

influência dos intelectuais só pode condensar-se como poder comunicativo em geral, em condições que excluam uma concentração do poder. Para cristalizar-se na forma de associações livres, as esferas públicas autônomas têm que esperar o desengate entre cultura e estruturas de classe, um processo que já está em andamento.²⁵ Os discursos só encontram ressonância na medida em que se difundem, portanto sob condições de uma participação ampla, ativa e *difusora*. Esta, por sua vez, exige o pano de fundo de uma cultura política igualitária, destituída de todos os privilégios oriundos da formação e amplamente intelectualizada.

No entanto, esse processo de assimilação reflexiva das tradições culturais não decorre necessariamente à luz de uma razão centrada no sujeito, nem de uma consciência histórica futurista. Na medida em que nos tornamos conscientes da constituição intersubjetiva da liberdade, desfaz-se a aparência possessivo-individualista de uma autonomia representada como posse própria. O sujeito que se afirma a si mesmo, que pretende dispor sobre tudo, não encontra nenhuma relação adequada com nenhuma tradição. O sentido jovem-conservador de Benjamin farejou na própria revolução cultural uma outra consciência do tempo, que afasta nossos olhares do horizonte de nossas próprias atualidades futuras e os dirige para trás, para as pretensões que as gerações passadas dirigem a nós. No entanto, permanece uma dúvida. A sobriedade de uma cultura de massas, profana e inteiramente igualitária, não supera apenas o *pathos* da sobriedade sagrada que visa assegurar o *status* social do visionário. A necessária banalização do dia-a-dia na comunicação política também constitui uma ameaça para os potenciais semânticos dos quais ela tem que se alimentar. Uma cultura sem agulhão seria imediatamente sugada pelas necessidades de compensação mais banais, ou seja, nas palavras de Grefrath: ela se estenderia sobre a sociedade como um tapete de espuma. Nenhuma religião civil, por mais habilidosa que fosse, conseguiria evitar essa entropia do sentido.²⁶ Nem seria suficiente o momento de incondicionalidade que vem teimosamente à

25 H. Brunkhorst. “Die Ästhetisierung der Intellektuellen”, in *Frankfurter Rundschau* (28/11/1988).

26 H. Kleger, R. Müller. *Religion des Bürgers*. Munique, 1986; H. Dubiel. *Zivilreligion in der Massendemokratie*, (manuscrito, 1989).

tona nas pretensões de validade transcendentais da comunicação do dia-a-dia. No entanto, dois tipos de transcendência são preservados: aquele que se manifesta na negatividade da arte moderna e o que é revelado pela apropriação crítica de tradições religiosas formadoras da identidade. O trivial tem que ser rompido pelo inusitado, abissal e sinistro, que se recusa a ser assimilado àquilo que já é sabido, porém ele não pode manter nenhum privilégio.²⁷

III. CIDADANIA E IDENTIDADE NACIONAL (1990)*

Em meados dos anos 80, Arnold Gehlen cunhou o mote “pós-história” (*Posthistoire*) para designar o estranho sentimento, então reinante, de que tudo se modifica, sem que nada aconteça. *Rien ne va plus* – nada de surpreendente acontece. Na perspectiva das imposições sistêmicas, parecia que todas as possibilidades tinham sido exauridas, todas as alternativas congeladas e as opções que ainda continuavam abertas, destituídas de sentido. No entanto, a partir de então, esse modo de sentir e de pensar mudou completamente. A história entrou novamente em movimento acelerado. Novos problemas tomaram o lugar das velhas querelas. E, o que é mais importante, eles conseguiram abrir perspectivas de futuro que nos permitem captar novas linhas de ação.

Três movimentos históricos desse período, que entrou em ebulição, mexem com a relação entre cidadania e identidade nacional: (1) A unificação alemã, seguida pela libertação dos Estados da Europa Central Oriental da tutela soviética e pelos conflitos de nacionalidade que estouraram em todo o Leste Europeu, recoloca a questão acerca do Estado nacional. (2) A aproximação entre os Estados da Comunidade Européia, especialmente através do mercado interno, que entrará em vigor a partir de 1993, coloca numa nova luz a relação entre Estado nacional e democracia, pois os processos democráticos, constituídos em nível de Estado nacional, não conseguem atingir o nível de integração econômica realizada em nível supranacional. (3) Os gigantes fluxos migratórios que se originam nas regiões pobres do Leste e do Sul, a serem enfrentados pela Europa Ocidental nos próximos anos, conferem ao problema dos asilados nova importância. Isso vai acirrar a disputa entre os princípios universalistas do Estado demo-

27 Ch. Menke-Eggers. *Die Souveränität der Kunst*. Frankfurt/M., 1988.

* Publicado em forma de monografia pela Editora Ecker, St. Gallen, 1991.

crático de direito e as pretensões particularistas de formas de vida tradicionais.

A abordagem desses três temas serve de pretexto para um esclarecimento conceitual de alguns pontos de vista normativos, sob os quais podemos entender melhor a relação complexa que se estabelece entre a cidadania e a identidade nacional.¹

I. Passado e futuro do Estado nacional.

Os acontecimentos na Alemanha e nos países do Leste Europeu imprimiram nova guinada numa discussão que há muito tempo se desenvolve na República Federal sobre a “sociedade pós-nacional”.² Muitos intelectuais, por exemplo, lamentaram a falta de democracia num processo de unificação que foi realizado, no nível administrativo e econômico, sem a participação dos cidadãos; hoje eles são acusados de “arrogância do pós-nacional”. Esta controvérsia sobre o modo e a velocidade da unificação dos Estados não se alimenta somente dos sentimentos contrários dos partidos litigantes, mas também da obscuridade dos conceitos em jogo. Uma das partes entende a entrada dos cinco novos Estados para o regaço da República Federal como a reconstituição da unidade de um Estado nacional dilacerado há quatro décadas; nesta visão, a nação aparece como a unidade pré-política de uma comunidade histórica de pessoas que têm o mesmo destino. A outra parte entende a unificação estatal como a reconstituição da democracia e do Estado de direito num território no qual, desde 1933, os direitos dos cidadãos tinham sido anulados, de um modo ou de outro; sob este ângulo, tanto a velha como a nova República Federal constituem uma nação de cidadãos. Nesta terminologia republicana, o conceito de nação-Estado perde as conotações populares pré-políticas que revestiram a expressão “Estado nacional” na Europa moderna. A dissolução das chaves semânticas que definem a cidadania e a identidade nacional corresponde ao fato de que a forma clássica do

Estado nacional se encontra hoje em dissolução, à medida que a Comunidade Européia se transforma numa união política. Para entender isso, basta lançar um olhar sobre o modo como ela surgiu nos inícios da modernidade.

Na Europa moderna, a forma pré-moderna de um *império* que une muitos povos, tal como aconteceu no velho Sacro Império Romano Germânico ou nos impérios russo e otomano, não conseguiu estabilizar-se.³ Uma segunda forma surgiu nas periferias de cidades da Europa Central, assumindo estrutura federativa. Na Suíça, desenvolveu-se uma *federação* suficientemente forte para compensar as tensões étnicas de uma associação multicultural de cidadãos. Entretanto, somente uma terceira forma, a *do Estado territorial*, administrado por um poder central, conseguiu estruturar, a longo prazo, o sistema dos Estados europeus. No início, ele assumiu a forma de reinos: Portugal, Espanha, França, Inglaterra e Suécia; mais tarde, ele se configurou como *Estado nacional*, fruto da democratização provocada pelo modelo francês. Esta formação estatal assegurou condições propícias ao desenvolvimento, em escala mundial, do sistema econômico capitalista. O Estado nacional configurou a infra-estrutura para uma administração disciplinada pelo direito, além de oferecer a garantia para um espaço de ação individual e coletiva, livre do Estado. E, o que nos interessa especialmente, ele criou a base para a homogeneidade cultural e étnica que permitiu, desde o final do século XVIII, a democratização do aparelho do Estado – mesmo que às custas da opressão e da exclusão de minorias nacionais. A democracia e o Estado nacional nasceram como irmãos gêmeos da Revolução Francesa. Por isso, do ponto de vista cultural, eles se encontram à sombra do nacionalismo.

Essa consciência nacional constitui manifestação especificamente moderna de integração cultural. A consciência política da pertença nacional surge de uma dinâmica que só atingiu a população a partir do momento em que esta foi mobilizada e individualizada através de processos de modernização econômica e social que a libertaram dos laços sociais corporativos. O nacionalismo pode ser tido

1 Eu agradeço a Ingeborg Maus e Klaus Günther pelos estímulos e conselhos críticos.

2 P. Glotz. *Der Irrweg des Nationalstaats*. Stuttgart, 1990. J. Habermas. *Vergangenheit als Zukunft*. Zurique, 1991.

3 Cf. sobre o que segue: M. R. Lepsius. “Der europäische Nationalstaat”, in *id.*, *Interessen, Ideen und Institutionen*. Opladen, 1990, 256ss.

como uma formação da consciência que pressupõe a apropriação de tradições culturais, filtrada pela reflexão e pela historiografia. Ele surge entre o público erudito e espalha-se pelos canais da moderna comunicação de massas. Tanto a mediação literária como a propagação pela mídia conferem ao nacionalismo características artificiais, tornando-o presa fácil do abuso e da manipulação através de elites políticas.

A história do surgimento do Estado nacional reflete-se na história do conceito “nação”.⁴ Entre os romanos, “*natio*” é a deusa da origem e do nascimento. Ao contrário da “*civitas*”, a “*natio*”, do mesmo modo que “*gens*” e “*populus*”, refere-se a populações (muitas vezes “selvagens”, “bárbaras” ou “pagãs”) que ainda não se organizaram em associações políticas. Segundo este uso clássico, as nações são comunidades que têm a mesma origem, sendo integradas, do ponto de vista geográfico, através de colônias e da vizinhança, e, do ponto de vista cultural, através da linguagem, dos costumes e de tradições comuns; porém ainda não se encontram integradas politicamente através de uma organização estatal. A “nação” mantém este significado durante a Idade Média. No século XV, ela se introduz nos idiomas populares. O próprio Kant afirma: “*A massa que se reconhece unida através da descendência comum, formando uma totalidade civil, deve ser chamada ‘nação’ (gens)*”. Porém, no início da modernidade, surge um novo uso: a nação como titular da soberania”. As corporações representam a “nação face ao rei”. E desde meados do século XVIII, ambos os significados, o de “nação”, no sentido de uma comunidade que tem a mesma origem e o de “povo de um Estado”, se entrelaçam. Com Sieyès e a Revolução Francesa, a “nação” se transforma na fonte da soberania do Estado. A partir daí, cada nação deve ter o direito à autodeterminação política. O complexo étnico cede, pois, o lugar à comunidade democrática intencional.

Por conseguinte, com a Revolução Francesa, o significado de “nação”, que antes era pré-político, transformou-se numa característica constitutiva para a identidade política dos sujeitos de uma comunidade democrática. No final do século XIX, há inclusive uma inversão na relação entre identidade nacional atribuída e cidadania adquirida,

democraticamente constituída. Por isso, a famosa frase de Ernest Renan “*A existência de uma nação é ... um plebiscito diário*” já se encontra num contexto voltado contra o nacionalismo. E Renan consegue rechaçar, em 1871, a pretensão do império alemão sobre a Alsácia, apelando para a nacionalidade francesa da população, porque ele entendia a “nação” como uma nação de cidadãos e não como uma comunidade que possui apenas a mesma origem. A identidade da nação de cidadãos não reside em características étnico-culturais comuns, porém na prática de pessoas que exercitam ativamente seus direitos democráticos de participação e de comunicação. Aqui, a componente republicana da cidadania desliga-se completamente da pertença a uma comunidade pré-política, integrada através da descendência, da linguagem comum e de tradições comuns. Visto por este ângulo, o entrelaçamento inicial entre consciência nacional e modo de sentir e pensar republicano teve apenas uma função catalisadora.

O nacionalismo mediado pelo romantismo e pela consciência histórica, ou seja, através da ciência e da literatura, fundou uma identidade coletiva *propícia* ao papel de cidadão, que nasce na Revolução Francesa. No crisol da consciência nacional, as características não-escritas da origem transformaram-se em outros tantos resultados de uma apropriação consciente da tradição. Uma nacionalidade herdada transformou-se num nacionalismo adquirido, uma figura do espírito constituída por força própria. Ele conseguiu promover a identificação do indivíduo com um papel que exige uma grande dose de engajamento pessoal, podendo chegar, inclusive, ao sacrifício de si mesmo: o serviço militar obrigatório para todos constitui apenas a outra face dos direitos dos cidadãos! Na disposição em lutar e morrer pela pátria comprovaram-se, ao mesmo tempo, a consciência nacional e o modo de pensar e de sentir republicano. Isso explica a relação complementar originária que se estabeleceu entre nacionalismo e republicanismo: um foi o veículo que promoveu o surgimento do outro.

Porém esse complexo psicológico-social não é de ordem conceitual. A autonomia nacional e a auto-afirmação coletiva contra nações estrangeiras podem ser entendidas como formas coletivistas de liberdade. E tal liberdade nacional não coincide com a liberdade genuinamente política dos cidadãos no âmbito de um país. Por isso, a compreensão moderna dessa liberdade republicana pode libertar-se, mais tarde, do seio da consciência da liberdade nacional, do qual surgira. O nexos estreito que o Estado nacional conseguira estabe-

4 Cf. artigo “nação”, in *Historisches Wörterbuch der Philosophie*. vol. 6, 406-414.

lecer entre “*Etños*” e “*Demos*” fora passageiro.⁵ Em nível conceitual, a cidadania nunca ficou na dependência da identidade nacional.

O conceito de cidadania desenvolve-se a partir do conceito rousseauniano de autodeterminação. No início, a “soberania do povo” era entendida como uma limitação ou inversão da soberania do príncipe, a qual repousava num contrato celebrado entre o povo e o governo. Porém nem Rousseau, nem Kant entenderam a soberania do povo como uma transferência do poder de governo, de cima para baixo, ou como a divisão da autoridade entre dois partidos. Para eles, essa soberania significava a transformação da soberania em *autolegislação*. O lugar do pacto histórico, ou do contrato entre poderes, é ocupado pelo contrato social, entendido como modelo abstrato para a *constituição* de uma autoridade que se legitima através do exercício da autolegislação democrática. E, através disso, a autoridade política perde o caráter de um poder natural: a “*autoritas*” do poder estatal deve sacudir os resquícios de “*violentia*”. Segundo esta idéia, “*somente a vontade unida e consensual de todos pode ser legisladora, na medida em que cada um delibera a mesma coisa sobre todos e todos sobre cada um ...*” (Kant).

Com isso, não se visa pura e simplesmente à generalidade substancial de uma vontade popular, cuja unidade resultaria de uma homogeneidade preliminar da descendência ou da forma de vida. Pois o consenso discutido e obtido numa associação de livres e iguais repousa, em última instância, na unidade de um *processo* consentido. Esse processo democrático de formação da opinião e de busca de uma decisão transforma-se na constituição do Estado de direito. Numa sociedade pluralista, a constituição expressa um consenso formal. Os cidadãos querem regular sua convivência de acordo com princípios que podem encontrar o assentimento fundamentado de todos, por serem do interesse simétrico de todos. Tal associação é estruturada através de condições de reconhecimento recíproco, sob as quais cada um espera ser respeitado por todos como livre e igual. Cada homem e cada mulher deve ser alvo de um triplice reconhecimento, ou seja, devem encontrar igual proteção e igual respeito em sua integridade: enquanto indivíduos insubstituíveis, enquanto membros de um grupo étnico ou cultural e enquanto cidadãos, ou membros de uma comuni-

dade política. Essa idéia de uma comunidade política que se determina a si mesma foi incorporada nas constituições e nos sistemas políticos da Europa Ocidental e dos Estados Unidos.

É verdade que, na linguagem dos juristas, a “cidadania”, “*ci-toyenneté*” ou “*citizenship*” teve, durante longo tempo, apenas o sentido de nacionalidade ou de pertença a um Estado; só ultimamente o conceito foi ampliado no sentido de um *status* de cidadão envolvendo direitos civis.⁶ A *pertença a um Estado* regula a subordinação de pessoas sob um Estado, cuja existência é reconhecida pelo direito internacional. Sem levar em conta a organização interna do poder do Estado, essa definição da pertença, unida à demarcação do território do Estado, serve para a delimitação social do Estado. Segundo a autocompreensão do Estado democrático de direito, que se entende como uma associação de cidadãos livres e iguais, a pertença a um Estado está ligada ao princípio da voluntariedade. As características adscritivas convencionais da residência e do lugar de nascimento (*jus soli* e *jus sanguinis*) não são suficientes para fundamentar uma submissão irrevogável sob o poder soberano do Estado. Elas constituem apenas critérios administrativos que permitem supor um assentimento implícito, o qual corresponde ao direito de emigrar ou de renunciar à cidadania.⁷

Hoje em dia, no entanto, as expressões “cidadania” ou “*citizenship*” são empregadas, não apenas para definir a pertença a uma determinada organização estatal, mas também para caracterizar os direitos e deveres dos cidadãos. A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha não possui similar explícito para a noção suíça de cidadania

5 M. R. Lepsius. “Ethnos und Demos”, in *Lepsius* (1990), 247-255.

6 Sobre o que segue, cf. R. Grawert. “Staatsangehörigkeit und Staatsbürgerschaft”, in *Der Staat*, 23, 1984, 179-204.

7 P. H. Shuck, R. M. Smith. *Citizenship without Consent*. New Haven, 1985, Cap. 1. Há lugares em que a separação entre o sentido normativo da pertença a um Estado e as características da descendência não foi realizada de modo conseqüente. O artigo 116 da Lei Fundamental, por exemplo, introduz o assim chamado alemão de *status*, o qual pertence ao povo alemão na medida em que confessa objetivamente fazer parte da comunidade cultural sem, no entanto, fazer parte do Estado alemão; ele goza de um privilégio na hora da naturalização (que hoje em dia é contestado pela política constitucional).

ativa;⁸ porém, apoiada no Art. 33, Seção 1, da Lei Fundamental, a doutrina jurídica estruturou o feixe dos direitos e deveres dos cidadãos, especialmente os direitos fundamentais, formando um *status* global entendido de modo semelhante.⁹ Na visão republicana, o problema da auto-organização da comunidade jurídica forma o ponto de referência, e os direitos políticos de participação e comunicação, o núcleo da cidadania. R. Grawert a entende como “*o instituto jurídico através do qual o membro singular do Estado é introduzido ativamente no campo de ação concreta do Estado.*”¹⁰ O *status* do cidadão fixa especialmente os direitos democráticos dos quais o indivíduo pode lançar mão reflexivamente, a fim de *modificar* sua situação jurídica material.

Na filosofia do direito, encontramos duas interpretações contrárias e conflitantes acerca dessa cidadania ativa. Na tradição liberal do direito natural, que remonta a Locke, cristalizou-se uma compreensão individualista e instrumentalista do papel do cidadão; ao passo que a tradição republicana da doutrina do Estado, que remonta a Aristóteles, gira em torno de uma compreensão ético-comunitarista desse papel. No primeiro caso, a cidadania é concebida de acordo com o modelo de uma pertença organizacional capaz de fundamentar uma posição jurídica;

8 R. Winzeler. *Die politischen Rechte des Aktivbürgers nach schweizerischem Bundesrecht*. Berna, 1983.

9 K. Hesse. *Grundzüge des Verfassungsrechts*. Heidelberg, 1990, 113: “Enquanto direitos subjetivos (os direitos fundamentais) determinam e asseguram o estado jurídico do indivíduo em seus fundamentos; enquanto elementos fundamentais (objetivos) da ordem democrática e constitucional, eles o introduzem nessa ordem, a qual, por seu turno, só pode tornar-se realidade através da atualização desses direitos. O *status* constitucional do indivíduo, fundamentado e garantido através dos direitos fundamentais da Lei Fundamental, é um *status* jurídico material, isto é, um *status* de conteúdo concretamente determinado, do qual não podem dispor indefinidamente nem o indivíduo e nem os poderes estatais. Esse *status* de direito constitucional forma o núcleo do *status* geral de cidadão, o qual é determinado pelos direitos fundamentais e pelas leis”.

10 R. Grawert. “Staatsvolk und Staatsangehörigkeit”, in J. Isensee e P. Kirchhof (eds.). *Handbuch des Staatsrechts*. Heidelberg, 1987, 684ss.

no outro, ela é vista através do modelo da pertença a uma comunidade ético-cultural que se determina a si mesma. Segundo a primeira interpretação, os indivíduos permanecem exteriores ao Estado, contribuindo de certa maneira para a sua reprodução – através de eleições e pagamento de impostos – a fim de conseguir em troca benefícios organizacionais. Segundo a outra interpretação, os cidadãos estão integrados na comunidade política como partes num todo, de tal modo que, para formar sua identidade pessoal e social, eles necessitam do horizonte de tradições comuns e de instituições políticas reconhecidas. Segundo a interpretação liberal, os cidadãos não se distinguem essencialmente das pessoas privadas que fazem valer seus interesses pré-políticos contra o aparelho do Estado; ao passo que, na interpretação republicana, a cidadania se atualiza somente na prática de autodeterminação coletiva. Charles Taylor descreve da seguinte maneira esses dois conceitos concorrentes de cidadania: “*O primeiro (modelo) focaliza principalmente os direitos individuais a um tratamento igual, bem como um governo que leva em conta as preferências dos cidadãos. É isso que tem que ser assegurado. A capacidade do cidadão consiste principalmente no poder de encaminhar esses direitos e de assegurar tratamento igual, bem como de influenciar os que efetivamente tomam decisões ... Essas instituições têm um significado inteiramente instrumental ... Nenhum valor é introduzido na participação por causa dele mesmo ... O outro modelo, ao contrário, define a participação na autodeterminação como sendo da essência da liberdade, como parte daquilo que tem que ser assegurado. Esse é ... um componente essencial da capacidade do cidadão ... A participação plena na autodeterminação é tida como apta ... a ter alguma parte na formação do consenso normativo, através do qual alguém pode identificar juntamente com outros. Regular e ser regulado significa que, no final das contas, os governantes algumas vezes podem ser ‘nós’ e não sempre ‘eles’.*”¹¹

O modelo de uma comunidade holística, na qual os cidadãos estão intimamente inseridos, não é adequado, em muitos pontos, à política moderna; mesmo assim, ele possui uma vantagem em relação ao modelo organizacional, segundo o qual os indivíduos se encontram

11 Ch. Taylor. “The Liberal-Communitarian Debate”, in N. Rosenblum (ed.). *Liberalism and the Moral Life*. Cambridge: Mass, 1989, 178ss.

isolados perante o aparelho do Estado, sendo ligados a ele apenas através de uma relação de pertença especificada funcionalmente: ele torna claro que a autonomia política constitui um fim em si mesmo, que ninguém pode realizar por si mesmo perseguindo privadamente interesses próprios, pois pressupõe o caminho comum de uma prática compartilhada intersubjetivamente. A posição jurídica do cidadão estrutura-se através de uma rede de relações igualitárias de reconhecimento mútuo. Ela exige que todos assumam as perspectivas da primeira pessoa do plural – e não apenas a perspectiva do observador, a qual pode ser adotada por um ator, a fim de obter o sucesso próprio.

Todavia, as condições de reconhecimento, garantidas pelo direito, não se reproduzem por si mesmas, pois dependem do esforço cooperativo de uma prática cidadã, a qual não pode ser imposta através de normas jurídicas. O moderno direito impositivo não inclui os motivos, nem o modo de pensar e de sentir dos destinatários, e isso por uma boa razão: qualquer norma jurídica que impusesse a aceitação ativa de direitos democráticos seria totalitária. Por isso, o *status* de cidadão juridicamente constituído depende de uma *contrapartida*, ou seja, de um pano de fundo concordante, que é dado pelos motivos e modos de sentir e de pensar de uma pessoa que se orienta pelo bem comum, os quais não podem ser impostos pelo direito. O modelo republicano da cidadania lembra que as instituições da liberdade, asseguradas pela constituição, só valem na medida em que uma população, *acostumada* à liberdade política e exercitada na perspectiva comunitária da prática da autodeterminação, utilizar-se delas. O papel de cidadão, institucionalizado juridicamente, tem que inserir-se no contexto de uma cultura política libertária. Por isso, os comunitaristas insistem no fato de o cidadão ter que identificar-se “patrioticamente” com sua forma de vida. Taylor, por seu turno, postula uma consciência comunitária que resulta da identificação com tradições da própria comunidade político-cultural, aceitas conscientemente: “A saída consiste em perguntar se o nosso patriotismo consegue sobreviver à marginalização da auto-regulação participatória. Podemos constatar que o patriotismo constitui uma identificação comum com uma comunidade histórica fundada sobre certos valores ... Porém os seus valores nucleares têm que incorporar a paz”.¹²

12 Taylor, (1989), 178.

Isso parece contradizer nossa tese segundo a qual, entre o republicanismo e o nacionalismo, existe um nexó histórico contingente, não conceitual. Porém, se observarmos mais de perto o texto de Taylor, descobriremos que ele contém apenas a afirmação segundo a qual os princípios universalistas dos Estados democráticos de direito necessitam de algum tipo de ancoragem político-cultural. Ou seja, os princípios constitucionais não podem concretizar-se nas práticas sociais, nem transformar-se na força que impulsiona o projeto dinâmico da criação de uma associação de sujeitos livres e iguais, se não forem situados no contexto da história de uma nação de cidadãos e se não assumirem uma ligação com os motivos e modos de sentir e de pensar dos sujeitos privados.

A existência de sociedades multiculturais, tais como a Suíça e os Estados Unidos, revela que uma cultura política, construída sobre princípios constitucionais, não depende necessariamente de uma origem étnica, lingüística e cultural comum a todos os cidadãos. Uma cultura política liberal forma apenas o denominador comum de um patriotismo *constitucional* capaz de agudizar, não somente o sentido para a variedade, como também a integridade das diferentes e coexistentes formas de vida de uma sociedade multicultural. Numa futura República Federal dos Estados Europeus, os *mesmos* princípios jurídicos terão que ser interpretados nas perspectivas de tradições e de histórias nacionais *diferentes*. A própria tradição tem que ser assimilada numa visão relativizada pelas perspectivas dos outros, para que possa ser introduzida numa cultura constitucional transnacional da Europa Ocidental. E uma ancoragem particularista *deste tipo* não diminuiria, num só ponto, o sentido universalista dos direitos humanos e da soberania popular. Portanto, não há o que mudar: não é necessário amarrar a cidadania democrática à identidade nacional de um povo; porém, prescindindo da variedade de diferentes formas de vida culturais, ela exige a socialização de todos os cidadãos numa cultura política comum.

II. Estado nacional e democracia na Europa unificada

O futuro político da Comunidade Européia pode lançar uma nova luz sobre a relação entre cidadania e identidade nacional. O conceito de cidadania, desenvolvido por Aristóteles, levava em conta as dimensões das cidades ou cidades-Estado. Ao passo que a transformação de populações em nações que constituem Estados se deu, como vimos,

à luz de um nacionalismo que parecia combinar as idéias republicanas com as dimensões dos modernos Estados territoriais. O comércio moderno desenvolveu-se nas formas políticas deste Estado nacional. E a economia capitalista, do mesmo modo que a instância estatal burocrática, desenvolveu um sentido sistêmico próprio. Os mercados de bens de capital e de trabalho obedecem a uma lógica própria, independente das intenções dos sujeitos. E, ao lado do poder administrativo, incorporado nas burocracias estatais, o dinheiro tornou-se um *medium* anônimo da integração social, cuja eficácia não depende das idéias dos participantes. Essa *integração sistêmica* entra em concorrência com a *integração social* mediada pela consciência dos atores, ou seja, com a integração que se dá através de valores, normas e entendimento. A *integração política*, que segue o caminho da cidadania democrática, forma um dos aspectos dessa integração social geral. Por esta razão, o capitalismo e a democracia se encontram numa tensão – freqüentemente negada pelas teorias liberais.

O exemplo dos países em desenvolvimento revela que não existe, necessariamente, um nexó linear entre o desenvolvimento do Estado democrático de direito e a modernização capitalista. E o compromisso do bem-estar social, introduzido nas democracias ocidentais, desde o final da Segunda Guerra, não se desenvolveu de forma automática. O desenvolvimento da Comunidade Européia revela, a seu modo, a tensão que estremece as relações entre democracia e capitalismo. Aqui essa tensão se manifesta numa diferença de nível entre a integração sistêmica da economia e da administração, que existe em nível supranacional, e a integração política, concretizada apenas em nível do Estado nacional. Por isso, a figura tecnocrática da Comunidade Européia alimenta muitas dúvidas quanto ao futuro das expectativas normativas do papel do cidadão democrático. Será que tais expectativas não se transformaram em pura ilusão no interior do próprio Estado nacional? Será que a simbiose provisória estabelecida entre republicanismo e nacionalismo não camuflou inteiramente o fato de que o conceito de cidadão não tem mais nenhuma utilidade, a não ser nas relações subcomplexas de uma comunidade etnicamente homogênea e integrada através de costumes e tradições?

A “Comunidade Econômica Européia” transformou-se numa “Comunidade Européia” que manifesta a vontade política de formar uma “União Política Européia”. Com exceção da Índia, somente os Estados Unidos podem ser tomados como exemplo de um empenho

que envolve mais de 320 milhões de habitantes. É verdade que os EUA formam uma sociedade multicultural que se mantém unida através da mesma cultura política e (por enquanto) através de um único idioma, ao passo que a União Européia configura um Estado abrangendo vários idiomas e nacionalidades. E tal associação teria que manter certas características da “Europa das muitas pátrias”, de De Gaulle, mesmo que conseguisse estabelecer-se nos limites de um Estado federativo, superando a estrutura de uma federação de pequenos Estados parcialmente soberanos – o que é controvertido. E, mesmo nessa Europa, os Estados nacionais conhecidos teriam que *manter* uma força formadora de estruturas.

No árduo caminho que leva à União Européia, os Estados nacionais constituem um problema, não tanto devido a pretensões de soberania intransponíveis, mas porque até hoje os processos democráticos só funcionam, mais ou menos, no interior de suas fronteiras. Numa palavra: nos Estados nacionais, a esfera pública política permaneceu, até hoje, fragmentada. Por isso, é preciso inquirir sobre a possibilidade de se configurar uma cidadania européia em geral. Ao referir isso, eu não tenho em mente as possibilidades da ação política coletiva, que ultrapassam as fronteiras, mas a consciência “que sente obrigações para com o bem comum europeu”.¹³ Em 1974, a resposta de Raymond Aron a essa questão foi negativa. Em nível de regulação supranacional, cria-se um amplo mercado europeu, dotado de meios administrativos e jurídicos; ao passo que o parlamento europeu, que não possui muitas competências, quase não é levado em conta pelas esferas públicas políticas dos Estados participantes. Ou seja, até agora, os direitos dos cidadãos não conseguiram ultrapassar o quadro do Estado nacional.

A jurisdição da Corte Européia toma como princípio orientador “cinco liberdades do mercado comum”, e interpreta como direitos fundamentais a livre troca de bens, a liberdade de domicílio dos trabalhadores, o direito de domicílio dos empresários, a liberdade da troca de serviços e a liberdade de movimentação do capital. Isso corresponde às competências que os Tratados de Roma atribuem ao Conselho de Ministros e à Alta Comissão, no Art. 3º.

13 P. Kielmannsegg. “Ohne historisches Vorbild”, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (7/12/1990).

E estas resultam, por sua vez, do objetivo declarado no Art. 9º: “A base da Comunidade é uma união alfandegária que abrange qualquer tipo de troca de bens”. O mercado interno e a projetada criação de um banco central autônomo situa-se na mesma linha. O novo nível de interdependências econômicas deixa prever uma necessidade crescente de coordenação para outros campos da política, tais como a política do meio ambiente, a política de impostos, a política social, a política da formação, etc. E essa necessidade de regulação teria que ser elaborada primariamente sob critérios da racionalidade econômica e da equidade das condições de concorrência. Até agora, essas tarefas foram cumpridas por organizações européias que se configuraram numa rede administrativa cerrada e complexa. Formalmente, as novas elites funcionais permanecem ligadas aos governos e instituições de seus países de origem; de fato, porém elas já se emanciparam dos contextos nacionais. Pois funcionários que trabalham profissionalmente formam uma burocracia distanciada dos processos democráticos.

Com isso, os cidadãos ficam cada vez mais divididos entre uma participação ativa e uma afecção passiva. Um número crescente de medidas, decididas em nível supranacional, atinge cada vez mais pessoas, num número cada vez maior de áreas vitais. Como, porém, o papel de cidadão só é institucionalizado efetivamente em nível de Estado nacional, as pessoas não têm possibilidades de tematizar ou de influenciar decisões européias. M. R. Lepsius faz a seguinte constatação lapidar: “*Não existe uma opinião pública européia*”.¹⁴ Será que esta disparidade constitui apenas um desequilíbrio passageiro, a ser eliminado pela parlamentarização da “expertocracia” de Bruxelas? Ou será que, nessas burocracias que trabalham conforme critérios de racionalidade econômica, se desenha apenas, de forma mais nítida, um desenvolvimento que há muito tempo não cessa de se expandir incontrolavelmente no interior dos Estados nacionais, ou seja, o fato de que os imperativos econômicos se tornam independentes e a política se estatiza, desmentindo a pretensão republicana e solapando o *status* de cidadão?

14 M. R. Lepsius. *Die Europäische Gemeinschaft. Beitrag zum 20. Deutschen Soziologentag*. Frankfurt/M., 1990.

T. H. Marshall¹⁵ pesquisou a expansão dos direitos e deveres dos cidadãos no contexto da modernização capitalista. A sua divisão dos direitos dos cidadãos em “*civil rights*”, “*political rights*” e “*social rights*” segue uma conhecida classificação jurídica. Segundo essa classificação, os direitos liberais de defesa protegem o sujeito privado contra as intervenções do Estado na liberdade e na propriedade; os direitos de participação política possibilitam ao sujeito privado ativo uma participação no processo democrático da formação da opinião e da vontade; finalmente, os direitos de participação social asseguram ao cliente do Estado de bem-estar social um salário mínimo e segurança social. Marshall defende a tese segundo a qual o *status* de cidadão foi sucessivamente ampliado e fortalecido nas sociedades modernas. Segundo ele, os direitos democráticos vieram completar os direitos negativos à liberdade; ao passo que os direitos sociais vieram completar os dois tipos clássicos de direitos fundamentais, de tal modo que um número cada vez maior de pessoas adquiriu, passo a passo, direitos plenos à participação como membros.

Se desprezarmos os detalhes históricos, veremos que o desenvolvimento linear só atinge aquilo que os sociólogos designam geralmente como “inclusão”. Numa sociedade cada vez mais diferenciada em termos de funções, um número cada vez maior de pessoas adquire direitos de acesso e de participação num número cada vez maior de subsistemas: em mercados, empresas e locais de trabalho, em tribunais, cargos públicos e exércitos estacionados, em escolas e hospitais, teatros e museus, em associações políticas e meios de comunicação pública, partidos, instituições de auto-administração ou em parlamentos. Com isso, multiplicam-se para o indivíduo as possibilidades de tornar-se membro de alguma organização e se ampliam os espaços de opção. No entanto, essa imagem de um progresso linear resulta de uma descrição neutra do ponto de vista de acréscimos ou perdas de autonomia. Ela não leva em conta o aproveitamento real do *status* de cidadão ativo, através do qual o indivíduo pode influir na transformação democrática de seu próprio *status*. Sabemos que somente os direitos políticos de participação podem fundamentar a posição jurídica reflexiva de um cidadão, a qual é referida a si mesma. De

15 T. H. Marshall. *Citizenship and Social Class*. Cambridge, Mass., 1950.

outro lado, porém, os direitos negativos à liberdade e os direitos de participação social podem ser concedidos de modo paternalista. O Estado de direito e o Estado do bem-estar social são possíveis, em princípio, sem democracia. Mesmo onde as três categorias de direitos estão institucionalizadas, como é o caso do “Estado de direito social e democrático” da Lei Fundamental, esses direitos de defesa e de participação continuam revelando uma dupla face.

Os direitos liberais que se cristalizaram, do ponto de vista histórico, em torno da posição social do proprietário privado, podem ser entendidos sob pontos de vista *funcionais*, como a institucionalização de um sistema econômico regulado pelo mercado e, sob pontos de vista *normativos*, como asseguradores da liberdade individual. Sob pontos de vista *funcionais*, os direitos sociais significam a instalação de burocracias do Estado do bem-estar social, ao passo que, sob pontos de vista *normativos*, eles asseguram pretensões a uma participação justa na riqueza social. E tanto as liberdades individuais, como as garantias sociais, podem ser tidas como base jurídica para a independência social que viabiliza uma assunção efetiva de direitos políticos. Porém aqui se trata de contextos empíricos, não de contextos necessários do ponto de vista conceitual. Pois os direitos de liberdade e de participação também podem renegar o papel do cidadão, mantendo-o nos limites das relações de um cliente que se relaciona com administrações que tudo providenciam.

À medida que o Estado e a economia, institucionalizados através dos mesmos direitos, desenvolvem um sentido sistêmico próprio, levando os cidadãos a assumir o papel periférico de simples membros de uma organização, torna-se evidente a síndrome entre a privatização da cidadania e o exercício do papel de cidadão do ponto de vista da defesa de interesses de clientes. Os sistemas da economia e da administração tendem a fechar-se contra os seus respectivos ambientes, obedecendo apenas aos imperativos do dinheiro e do poder. Eles detonam o modelo da comunidade que se determina a si mesma através da prática comum dos cidadãos. Por isso, idéia republicana da integração política e autoconsciente de uma “comunidade” de sujeitos livres e iguais parece não se adaptar a condições modernas, dada sua concretude e simplicidade, principalmente quando é pensada como uma nação etnicamente homogênea ou como uma comunidade de pessoas que têm o mesmo destino e seguem as mesmas tradições.

Felizmente, o direito é um *medium* que permite uma idéia muito mais abstrata acerca da autonomia cidadã. Hoje em dia, a soberania cidadã do povo se retrai para o interior de procedimentos juridicamente institucionalizados e para os processos informais de uma formação da opinião e da vontade mais ou menos discursiva, viabilizada pelos direitos fundamentais. Eu parto da idéia segundo a qual existe um entrelaçamento entre diferentes formas de comunicação, as quais têm que ser organizadas de modo que possamos supor que elas são capazes de ligar a administração pública a premissas racionais e de disciplinar o sistema econômico sob pontos de vista sociais e ecológicos, sem arranhar sua lógica própria. Este seria um *modelo de política deliberativa*. Nele não se trata mais do macrossujeito de uma totalidade social, e sim de discursos encadeados anonimamente. Ele coloca o peso principal das expectativas normativas nos processos democráticos e na infra-estrutura de uma esfera pública política que se alimenta em fontes espontâneas. Hoje em dia, para fazer valer os seus direitos de participação política, a massa da população tem que integrar-se num fluxo informal de comunicação pública que brota de uma cultura política libertária e igualitária e tentar influir nele. Ao mesmo tempo, as deliberações, no âmbito das corporações parlamentares, têm que ser permeáveis a temas, valores, contribuições e programas que nascem em esferas públicas políticas não encampadas pelo poder. Nos dias de hoje, o jogo que se estabelece entre a formação institucionalizada da opinião e da vontade e as comunicações públicas informais permite que se veja a cidadania como algo que ultrapassa o nível de uma simples agregação de interesses individuais pré-políticos ou de um gozo passivo de direitos conferidos paternalisticamente.

Não posso aprofundar esse modelo.¹⁶ No entanto, o olhar sobre a história da institucionalização dos direitos cidadãos no Estado nacional permite obter alguns pontos de referência empíricos para a avaliação das chances de uma futura cidadania européia. Tudo indica que o esquema segundo o qual os direitos dos cidadãos resultam de lutas de classes é demasiado estreito.¹⁷ Houve outros tipos de movimentos, especialmente guerras e migrações, que também contribuíram

16 Cf. acima Cap. VII, Seção II, pág. 25ss.

17 B. S. Turner. *Citizenship and Capitalism*. Londres, 1986.

para o desenvolvimento de um *status* de cidadão pleno. Além disso, certos fatores que estimulam a juridificação de novas relações de inclusão também influem na mobilização política da população e, com isso, na ativação de direitos cidadãos já existentes.¹⁸ Esses e outros elementos podem alimentar expectativas otimistas em relação ao desenvolvimento da Europa, os quais não nos condenam antecipadamente à resignação.

O mercado interno da Europa incrementará a mobilidade horizontal e multiplicará os contatos entre os membros de diferentes nacionalidades. Além disso, a imigração oriunda do Leste Europeu e das regiões pobres do Terceiro Mundo aumentará a variedade multicultural da sociedade. Esse fato acarretará, sem dúvida inúmeras tensões sociais. Porém, se trabalhadas, essas tensões poderão promover uma mobilização política e imprimir alento em movimentos sociais endógenos de tipo novo, já existentes no âmbito do Estado do bem-estar social (tais como, por exemplo, o movimento ecológico, feminista, pela paz, etc.). Isso irá fortalecer os temas públicos referentes ao mundo da vida. Ao mesmo tempo, cresce a pressão oriunda de problemas que só podem ser solucionados no âmbito da Europa. Sob estas condições, certos contextos comunicacionais poderiam transformar-se em esferas públicas de âmbito europeu, criando um contexto favorável, tanto para as corporações parlamentares das novas regiões, como para um Parlamento Europeu dotado de maiores competências.

Até o momento, a política da Comunidade Européia nos países-membros não é alvo de controvérsias envolvendo o problema da legitimação. As esferas públicas nacionais ainda se encontram isoladas em termos culturais. Elas lançam raízes em contextos nos quais as questões políticas só adquirem significado perante o pano de fundo da própria história nacional. Porém, no futuro, seria possível formar-se uma cultura *política* comum, resultante das diferentes culturas *nacionais*. Seria possível introduzir uma diferenciação entre uma cultura *política* em nível de Europa e as tradições *nacionais* na arte, literatura, historiografia, filosofia, etc., que se ramificam desde os inícios da modernidade. E, nesse processo, as elites culturais e a mídia desempenharão um papel importante. Para crescer, um patriotismo constitu-

cional europeu pode alimentar-se de interpretações diferentes, nacionais, dos mesmos princípios universalistas do direito, o que não se pode afirmar do patriotismo americano. A Suíça fornece um exemplo de como esta autoconcepção político-cultural comum pode desenvolver-se a partir das orientações culturais de diferentes nacionalidades.

Para que isso aconteça, não se necessita tanto de origens comuns, a partir da Idade Média européia, mas de uma nova autoconsciência política, adequada ao papel da Europa no mundo do século XXI. Até hoje, os impérios ocuparam, apenas *uma vez*, o palco da história mundial: a seguir, eles entraram num processo de decadência. Isso vale tanto para os impérios do Velho Mundo, como para os Estados modernos – para Portugal, Espanha, Inglaterra, França e Rússia. Fugindo inteiramente a essa regra, a Europa de hoje recebe uma *segunda* chance. Ela não poderá, certamente, utilizar esta chance seguindo o estilo de sua velha política de poder, e sim adotando as condições modificadas de uma aprendizagem e de um entendimento não-imperial com as outras culturas.

III. Imigração e chauvinismo do bem-estar: um debate

O diagnóstico de Hannah Arendt, segundo o qual os refugiados, apátridas e destituídos de seus direitos marcarão a face do século XX, confirmou-se de modo assustador. As “pessoas deslocadas”, que a Segunda Guerra Mundial deixou para trás na esteira de uma Europa destruída, foram substituídas por imigrantes e asilados que acorrem para a Europa pacífica, saídos do Sul e do Leste. Os antigos campos de refugiados são insuficientes para conter a onda migratória. Os técnicos em estatística avaliam que, nos próximos anos, haverá mais de trinta milhões de imigrantes somente do Leste Europeu. Este problema só pode ser resolvido através de uma política comum dos países envolvidos. E aí se repete uma dialética que se concretizou, em menor escala, durante a reunificação alemã. Os movimentos migratórios transnacionais têm o efeito de sanções que constroem a Europa a assumir uma responsabilidade que lhe adveio da bancarrota do socialismo de Estado. Ou ela se esforça em melhorar rapidamente as condições de vida nas regiões pobres da Europa Central e do Leste – ou então será invadida por refugiados e imigrantes.

Os especialistas discutem sobre os limites da capacidade de absorção das próprias economias. Porém a disposição para a

18 J. M. Barbalet. *Citizenship*. Stratford, Inglaterra, 1988.

integração política dos imigrantes também depende do modo como as populações nativas *assimilam* as consequências sociais e políticas da imigração. Limitar-nos-emos a esse aspecto. Em toda a Europa aumentaram as reações de radicais da direita contra a infiltração de estrangeiros. E as camadas menos ricas – ameaçadas pelo descenso ou já marginalizadas – identificam-se claramente com a supremacia ideologizada de sua própria coletividade, rejeitando tudo o que é estrangeiro. Este é o outro lado do chauvinismo do bem-estar, que cresce em todas as partes. De sorte que o “problema dos refugiados” traz novamente à tona a tensão latente entre cidadania e identidade nacional.

Um exemplo pode ser encontrado nos sentimentos nacionalistas e antipoloneses emergentes nos novos Estados da Alemanha. Neles, o recém-adquirido *status* de cidadão da República Federal da Alemanha despertou a expectativa de que a fronteira do bem-estar da República Federal logo seria deslocada até as margens do Oder e do Neisse. Para muitos, a nova cidadania é sinônimo de satisfação etnocêntrica, nascida do fato de não ser mais tratado como um alemão de segunda classe. E, assim, eles esquecem que os direitos do cidadão devem o seu caráter libertário ao conteúdo de direitos humanos universais. O Artigo 4º da Constituição da Revolução de 1793, que define o “*status* dos cidadãos”, garantira, de modo conseqüente, *a todo* estrangeiro adulto, residente há um ano na França, não só o direito de permanecer no país, mas também os direitos de cidadania ativa.

Na República Federal da Alemanha, como na maioria dos sistemas jurídicos do Ocidente, a situação jurídica dos estranhos e estrangeiros apátridas foi equiparada ao *status* de cidadãos. E, uma vez que a arquitetura da Lei Fundamental é determinada pela idéia dos direitos humanos, *todos* os habitantes gozam da proteção da constituição. Os estrangeiros têm o mesmo *status* de deveres e direitos que os cidadãos nativos; com relação ao *status* econômico, também existe tratamento igual, com poucas exceções. O grande número de leis neutras, do ponto de vista da pertença a um Estado, relativiza a real importância desta pertença. A idéia dos direitos humanos, contida na cidadania, é reforçada através de direitos supranacionais, especialmente no direito civil europeu, inclusive no que diz respeito ao núcleo da estruturação política. Neste contexto, uma frase contida numa decisão do Tribunal Constitucional Federal de 31 de outubro de 1990 merece destaque. Ela esclarece inicialmente que, nas eleições municipais e distritais, os estrangeiros não têm o direito de votar; porém,

na fundamentação subsequente, se reconhece o princípio invocado pelos autores da petição: “*Por trás desta colocação, oculta-se a idéia de que, para fazermos jus à idéia de democracia, especialmente ao pensamento de liberdade nela contido, é necessário haver uma coerência entre os titulares de direitos políticos democráticos e os que estão submetidos permanentemente a determinada autoridade estatal. Isto é válido em princípio ...*”.¹⁹

Tais tendências indicam apenas que o conteúdo normativo de uma cidadania desacoplada de uma identidade nacional não fornece pontos de vista para uma política de naturalização, seja ela restritiva ou protetadora. Porém permanece a questão de saber se hoje em dia, quando são esperados grandes fluxos migratórios, a Comunidade Européia pode e deve seguir a mesma política referente aos estrangeiros e imigrantes, outrora adotada pelos jacobinos. A *discussão teórico-moral*, à qual me limito, gira em torno do conceito de “*special duties*”, isto é, dos deveres especiais que se colocam dentro dos limites sociais de uma comunidade. O próprio Estado constitui uma comunidade jurídica concreta, que impõe aos que dele fazem parte obrigações especiais. Os refugiados e, principalmente, os que imigram por razões econômicas levam os cidadãos dos Estados europeus a colocar o seguinte problema: será possível fundamentar a prioridade dos deveres especiais – referidos à pertença a um Estado – sobre as obrigações universais que ultrapassam as fronteiras dos Estados? Eu gostaria de recapitular os aspectos filosóficos desta discussão em cinco passos:

(a) Determinadas pessoas *têm obrigações especiais* em relação a outras pessoas que lhes são “próximas”, por serem membros da mesma família, amigos, vizinhos ou concidadãos da comunidade política ou da nação. Os pais têm obrigações especiais em relação a seus filhos – e vice-versa; as representações consulares no exterior assumem obrigações especiais de proteger os compatriotas – e estes têm obrigações em relação às instituições e leis de seu país. Trata-se especialmente de deveres positivos indeterminados, pois exigem atos de solidariedade, de engajamento e de atenção, não quantificáveis. Não se pode exigir qualquer tipo de obrigação em qualquer tempo. As obrigações especiais que resultam da pertença a comunidades concretas

19 *Europäische Grundrechtszeitschrift*, 1990, 443.

podem ser entendidas como uma atribuição social e uma especificação concreta de deveres naturalmente indeterminados.

Sob pontos de vista utilitaristas, tentou-se fundamentar deveres especiais a partir do proveito mútuo que os membros de uma comunidade podem obter das ações recíprocas. As próprias nações e Estados são entendidos como “*sociedades de benefício mútuo*”.²⁰ Segundo esse modelo, qualquer membro pode esperar que o ganho a ser obtido a longo prazo, através das relações de troca com outros membros, é proporcional àquilo que ele mesmo realiza em suas interações com os membros. Isso permite justificar uma reciprocidade de direitos e de deveres especiais que proíbe, por exemplo, prejudicar operários estrangeiros. Entretanto, o modelo não é capaz de fundamentar deveres em relação a membros com pouca capacidade de realização (velhos, doentes, aleijados), ou necessitados de auxílio, tais como, por exemplo, estrangeiros que procuram asilo. O etnocentrismo instrumental embutido nas expectativas de proveito mútuo propõe uma política de imigração que permite o acesso de estrangeiros apenas quando houver uma perspectiva fundamentada de que eles não colocarão em risco o equilíbrio existente entre pretensões e prestações (por exemplo, no sistema de seguridade social).

(b) Esse resultado pode ser tomado como uma razão para abandonar o princípio utilitarista a favor de um modelo segundo o qual deveres especiais não se apóiam no proveito mútuo resultante da troca entre membros de uma coletividade, mas dos atos de coordenação de uma divisão moral do trabalho, organizada de modo centralizado.²¹ Pois as obrigações especiais nem sempre variam acompanhando o grau de distância social, de sorte que as pretensões daqueles que estão mais próximos de nós, nem sempre devem ter prioridade sobre as pretensões daqueles que se encontram longe. Essa intuição não abrange somente a esfera próxima da família e da vizinhança. Porém ela é enganadora, na medida em que todas as pessoas situadas além do círculo imediato de conhecidos encontram-se, ao mesmo tempo, distantes e próximas. E, normalmente, nós aplicamos a esses “estra-

nhos” a categoria do “outro”, sem nos preocuparmos em saber se eles são concidadãos da mesma nação ou não. Obrigações especiais em relação a “outros” não resultam primariamente da pertença a uma comunidade concreta. Elas provêm da coordenação abstrata da ação de instituições jurídicas que atribuem determinadas obrigações a determinados círculos de pessoas ou de agências, a fim de especificar concretamente e tornar obrigatórios os deveres positivos que, de outra forma, permaneceriam indeterminados. Segundo este ponto de vista, deveres especiais resultam da atribuição institucional de responsabilidade a determinados destinatários que agem moralmente num contexto de divisão de trabalho. No quadro de tal divisão moral de trabalho, regulada juridicamente, as fronteiras sociais de uma comunidade jurídica existem apenas para regular a distribuição de responsabilidades. Isso não significa que nossas obrigações se esgotam no interior dessas fronteiras. Pois os governos nacionais têm que tomar providências para que os deveres positivos dos cidadãos em relação aos que não são membros, tais como, por exemplo, refugiados, sejam preenchidos. Isso, porém, ainda não responde à pergunta acerca do teor desses deveres.

(c) O ponto de vista moral nos obriga a julgar esse problema de modo imparcial, isto é, fugindo da perspectiva do habitante de uma região privilegiada e colocando-nos na perspectiva de um imigrante que procura, não apenas asilo político, mas sua salvação, isto é, uma existência livre e digna. J. Rawls sugeriu a hipótese de uma posição original, na qual, graças a um “véu de ignorância”, ninguém sabe em que sociedade nasceu e que posição assume nela. Tendo em conta o nosso problema, torna-se evidente o resultado de uma prova moral tendo em vista a sociedade mundial: “*Atrás do ‘véu de ignorância’, ao considerar a possibilidade de restrições à liberdade, a pessoa adota a perspectiva de alguém que poderia ser mais prejudicado pelas restrições, neste caso, a perspectiva do estrangeiro que deseja imigrar. Na ‘posição original’, alguém poderia insistir que o direito de migrar tem que ser incluído no sistema das liberdades básicas pelas mesmas razões que levam alguém a insistir que o direito à liberdade religiosa teria que ser incluído: esse direito pode confirmar algo que é essencial ao plano de vida de alguém*”.²² De qualquer modo,

20 R. Goodin. “What is so Special about our Fellow Countrymen?”, in *Ethics*, 98, julho 1988, 663-686.

21 H. Shue. “Mediating Duties”, in *Ethics*, 98, julho 1988, 687-704.

22 J. H. Carens. “Aliens and Citizens: The Case for Open Borders”, in *Review of Politics*, 49, 1987, 258.

limitações legítimas do direito à imigração poderiam ser fundamentadas sob pontos de vista concorrentes, por exemplo sob o ângulo da necessidade de evitar conflitos sociais e incômodos sérios que poderiam colocar em perigo a ordem pública ou a reprodução econômica da sociedade. Pontos de vista da descendência, da linguagem e da educação – ou até de uma “adesão à comunidade cultural” do país para o qual se imigra, como no caso dos “alemães de status” – não conseguiriam fundamentar privilégios no processo de imigração ou de nacionalização.

(d) Os comunitaristas, ao contrário, chamam a atenção para uma circunstância que é descuidada pelos princípios individualistas mencionados. As fronteiras sociais de uma comunidade política não têm apenas um significado *funcional*, como é sugerido pelo modelo da divisão moral de trabalho regulada juridicamente. Elas regulam, preferentemente, a pertença a uma comunidade histórica de pessoas que têm o mesmo destino e a uma forma de vida política que é constitutiva para a identidade dos próprios cidadãos: “A cidadania é uma resposta à questão ‘quem sou eu?’ e ‘o que eu devo fazer’ a partir do momento em que sou introduzido na esfera pública?”.²³ A pertença a uma comunidade política fundamenta obrigações especiais, que ocultam uma identificação patriótica. E esse tipo de lealdade ultrapassa o sentido de validade de deveres jurídicos mediados institucionalmente: “Cada membro reconhece uma lealdade para com a comunidade, a qual se expressa através da disposição de sacrificar o ganho pessoal em benefício dos interesses dela”.²⁴ As ressalvas contra uma abordagem exclusivamente moral e jurídica do problema derivam do conceito comunitarista de cidadão, do qual já tomamos ciência. Tudo indica que esse conceito não é adequado mais às condições de sociedades complexas; mesmo assim ele coloca em relevo uma componente *ética* que não pode ser escamoteada.

Pois o Estado moderno também representa uma forma de vida política que não se exaure na forma abstrata de uma

institucionalização de princípios gerais do direito. Essa forma de vida forma o contexto *político-cultural* no qual é preciso implementar princípios constitucionais universalistas; pois somente uma população *acostumada* à liberdade pode manter vivas as instituições da liberdade. Por isso, M. Walzer pensa que o direito à imigração deve ser limitado pelo direito de uma comunidade política em assegurar a integridade de sua forma de vida. No seu entender, o direito dos cidadãos à autodeterminação inclui o direito à auto-afirmação da própria forma de vida.²⁵

(e) Entretanto, esse argumento permite duas interpretações opostas. Na linha comunitarista, ele impõe limites normativos suplementares ao direito liberal de imigração. Além das barreiras funcionais, que resultam do sistema econômico e social, entram em cena limites para assegurar a substância étnico-cultural da respectiva forma de vida. Com isso, o argumento adquire um sentido *particularista*, segundo o qual a cidadania não se entrelaça com a identidade nacional, mas com determinadas identidades culturais desenvolvidas na história. H. R. van Gunsteren, seguindo a linha de H. Arendt, formula a seguinte condição para a admissão à cidadania, numa comunidade democrática: “O presumível cidadão tem que estar em condições e manifestar o desejo de ser um membro desta comunidade histórica particular, com seu passado e seu futuro, com suas formas de vida e instituições, no interior das quais seus membros pensam e agem. Numa comunidade que valoriza a autonomia e o juízo de seus membros, isso não constitui, obviamente, uma exigência de pura conformidade. Porém uma exigência de conhecimento da linguagem e da cultura e de reconhecimento das instituições que alimentam a reprodução dos cidadãos capazes de um julgamento autônomo e responsável.”.²⁶

Todavia, a partir do momento em que a própria comunidade política passa a implementar princípios constitucionais universalistas, é preciso interpretar de modo *universalista* a exigência de “agir como cidadão dessa comunidade política especial (*this particular polity*)”. A identidade da comunidade política, que não pode ser ferida através

23 H. R. van Gunsteren. “Admission to Citizenship”, in *Ethics*, 98, julho 1988, 752.

24 D. Miller. “The Ethical Significance of Nationality”, in *Ethics*, 98, julho 1988, 648.

25 M. Walzer. *Spheres of Justice*. Nova Iorque, 1983, 31-63.

26 H. R. van Gunsteren, (1988), 736.

da imigração, depende primariamente dos princípios jurídicos ancorados na *cultura política* e não de uma forma de vida *étnico-cultural* especial. De acordo com isso, os imigrantes têm que manifestar a disposição de aceitar a cultura política de sua nova pátria, sem serem constrangidos a lançar fora a forma de vida cultural de sua origem. Pois a aculturação política exigida não se estende à totalidade de sua socialização. Os imigrantes podem, através de uma nova forma de vida importada, ampliar ou multiplicar as perspectivas para interpretar a constituição política comum: “*As pessoas vivem em comunidades com limites e obrigações, que podem ser de diferentes tipos. Numa sociedade liberal, as obrigações e limites têm que ser compatíveis com os princípios liberais. A imigração aberta pode modificar o caráter da comunidade, porém ela não deixaria a comunidade sem nenhum tipo de caráter*”.²⁷

A discussão desenvolvida de (a) até (e) apresenta um resultado normativo, segundo o qual os Estados europeus devem unir-se em torno de uma política liberal de imigração. Eles não podem entrincheirar-se atrás das barricadas do chauvinismo do bem-estar, opondo-se ao fluxo dos imigrantes e asilados. O direito democrático à autodeterminação inclui, sem dúvida alguma, o direito à preservação de uma cultura *política* própria, que forma um contexto concreto para os direitos dos cidadãos; porém ele não inclui o direito à auto-afirmação de uma forma de vida *cultural* privilegiada. No quadro da constituição de um Estado democrático de direito, podem coexistir, em igualdade de direitos, variadas formas de vida. Elas devem, no entanto, entrelaçar-se no espaço de uma cultura política comum, a qual está aberta a impulsos oriundos de novas formas de vida.

Somente uma cidadania democrática, que não se fecha num sentido particularista, pode preparar o caminho para um *status de cidadão do mundo*, que já começa a assumir contornos em comunicações políticas de nível mundial. A Guerra do Vietnã, as transformações revolucionárias na Europa Central e no Leste Europeu, bem como a Guerra do Golfo, constituem os primeiros acontecimentos de uma *política mundial* em sentido estrito. Através da mídia eletrônica, esses acontecimentos puderam ser vistos por uma esfera pública ubiqüitária. Ao referir-se à Revolução Francesa, Kant apoiou-se nas reações de

um público participante. Em sua época, ele conseguiu identificar o fenômeno de uma esfera pública mundial que somente hoje assume feições reais num contexto comunicacional de cidadãos do mundo. As próprias potências mundiais não podem mais ignorar a realidade dos protestos que atingem dimensões planetárias. Já começamos a perceber que o estado natural selvagem em que se encontram Estados beligerantes que perderam sua soberania é obsoleto. O estado de cidadão do mundo deixou de ser uma simples quimera, mesmo que ainda estejamos muito longe de atingi-lo. A cidadania em nível nacional e a cidadania em nível mundial formam um *continuum* cujos contornos já podem ser vislumbrados no horizonte.

27 Carens, (1987), 271.

POSFÁCIO*

De certa forma, as tomadas de posição dos leitores de um livro auxiliam o seu autor a decifrar o verdadeiro sentido daquilo que escreveu. E, ao dar-se conta desse sentido, tem a chance de expressar melhor o que foi dito. É nessa situação que me encontro hoje, um ano após a publicação do livro e após a leitura de uma série de recensões eruditas, muitas vezes benevolentes, porém sempre ilustrativas. É certo que o intérprete leva a vantagem de poder entender um texto melhor do que o autor que o redigiu; mesmo assim deve ser permitido a este último assumir, no caso de uma nova edição, a função de um intérprete e tentar recapitular o pensamento que, na sua opinião, determina a estrutura do conjunto da obra. Este caminho permite, inclusive, esclarecer algumas objeções levantadas após a publicação.

I

O direito moderno estrutura-se a partir de um sistema de normas positivas e impositivas que pretendem garantir a liberdade. Por isso, as características formais da obrigação e da positividade vêm associadas a uma pretensão de legitimidade, pois existe a expectativa de que as normas, asseguradas através de ameaças de sanção por parte do Estado, e resultantes das decisões modificáveis de um legislador político, podem salvaguardar simetricamente a autonomia de todos os sujeitos de direito. Tal expectativa de legitimidade acompanha os passos concretos da criação e da imposição do direito. Tudo isso se reflete, por seu turno, na típica ambivalência da validade do direito. Noutras palavras, o direito moderno revela a seus destinatários uma dupla face: eles podem tomar as normas do direito como simples

* Redigido para a quarta edição revista e ampliada.

ordens que limitam faticamente o campo de ação de um sujeito, às quais ele tenta fugir *estrategicamente*, calculando as consequências que podem resultar de uma infração da regra; ou assumir um enfoque performativo, considerando essas mesmas normas como mandamentos válidos aos quais se obedece “por respeito à lei”. Uma norma jurídica passa a ser válida, quando o Estado consegue garantir: a) que a maioria das pessoas obedeça às normas, mesmo que isso implique o emprego de sanções; b) que se criem pressupostos institucionais para o surgimento legítimo da norma, para que ela também possa ser seguida a qualquer momento por respeito à lei.

Onde se fundamenta a legitimidade de regras que podem ser modificadas a qualquer momento pelo legislador político? Esta pergunta torna-se angustiante em sociedades pluralistas, nas quais as próprias éticas coletivamente impositivas e as cosmovisões se desintegraram e onde a moral pós-tradicional da consciência, que entrou em seu lugar, não oferece mais uma base capaz de substituir o direito natural, antes fundado na religião ou na metafísica. Ora, o processo democrático da criação do direito constitui a única fonte pós-metafísica da legitimidade. No entanto, é preciso saber de onde ele tira sua força legitimadora. A teoria do discurso fornece uma resposta simples, porém inverossímil à primeira vista: o processo democrático, que possibilita a livre flutuação de temas e de contribuições, de informações e de argumentos, assegura um caráter discursivo à formação política da vontade, fundamentando, deste modo, a suposição faliblista de que os resultados obtidos de acordo com esse procedimento são mais ou menos racionais. *Prima facie* há duas considerações que falam a favor do princípio da teoria do discurso.

Do ponto de vista de uma *teoria da sociedade*, o direito preenche funções de integração social; com efeito, associado ao sistema político configurado através de constituições, o direito assume a garantia pelas perdas que se instalam na área da integração social. Ele funciona como uma espécie de correia de transmissão que transporta, de forma abstrata, porém, impositiva, as estruturas de reconhecimento recíproco existentes entre conhecidos e em contextos concretos do agir comunicativo, para o nível das interações anônimas entre estranhos, mediadas pelo sistema. Ao passo que a solidariedade – que é a terceira fonte da integração social, ao lado do poder administrativo e do dinheiro – surge indiretamente do direito, pois ele garante, através da estabilização de expectativas de comportamen-

to, relações simétricas de reconhecimento recíproco entre titulares abstratos de direitos subjetivos. Tais semelhanças estruturais entre direito e agir comunicativo explicam por que discursos, portanto formas do agir comunicativo que se tornaram reflexivas, desempenham papel constitutivo na produção e no emprego de normas do direito.

Do ponto de vista da *teoria do direito*, as ordens jurídicas modernas extraem sua legitimação da idéia de autodeterminação, pois as pessoas devem poder se entender a qualquer momento como autoras do direito, ao qual estão submetidas como destinatários. As teorias contratualistas configuraram a autonomia dos sujeitos particulares em categorias do direito contratual civil, descrevendo-a como o arbítrio privado de partes que celebram um contrato. Não foi possível esclarecer satisfatoriamente o problema hobbesiano da fundamentação de uma ordem social a partir do encontro casual de decisões racionais de atores independentes. Isso levou Kant a atribuir às pessoas que se encontram no estado natural – e posteriormente Rawls aos sujeitos que se situam na *original position* – uma capacidade genuinamente moral. No entanto, após a guinada lingüística, é possível reinterpretar essa compreensão deontológica da moral em termos de uma teoria do discurso. Com isso, o modelo do contrato é substituído por um modelo do discurso ou da deliberação: a comunidade jurídica não se constitui através de um contrato social, mas na base de um entendimento obtido através do discurso.

Enquanto a argumentação *moral* continuar servindo como padrão para o discurso constituinte, a ruptura com a tradição do direito racional não será, evidentemente, completa. Pois a autonomia dos cidadãos coincidirá com a vontade livre de pessoas morais, como em Kant, e a moral ou o direito natural continuarão formando o núcleo do direito positivo.¹ Tudo isso funciona na base da imagem jusnatural de uma hierarquia das leis, segundo a qual o direito positivo permanece subordinado ao direito moral, recebendo dele sua orientação. Na verdade, porém, a relação entre moral e direito é muito mais complicada.

1 I. Maus questiona esta interpretação do direito privado kantiano (1992), 148ss.

A argumentação desenvolvida no livro visou essencialmente provar a existência de um nexos conceitual ou interno entre Estado de direito e democracia, o qual não é meramente histórico ou casual. No último capítulo, tentei mostrar que esse nexos transparece também na dialética entre igualdade de fato e de direito, a qual trouxe à tona o paradigma do Estado social, oposto ao liberal, e que nos força atualmente a adotar uma autocompreensão procedimentalista do Estado democrático de direito. O *processo democrático* carrega o fardo da legitimação. Pois tem que assegurar simultaneamente a autonomia privada e pública dos sujeitos de direito; e para formular adequadamente os direitos privados subjetivos ou para impô-los politicamente, é necessário que os afetados tenham esclarecido antes, em discussões públicas, os pontos de vista relevantes para o tratamento igual ou não-igual de casos típicos e tenham mobilizado o poder comunicativo para a consideração de suas necessidades interpretadas de modo novo. Por conseguinte, a compreensão procedimentalista do direito tenta mostrar que os pressupostos comunicativos e as condições do processo de formação democrática da opinião e da vontade são a única fonte de legitimação. Tal compreensão é incompatível, não somente com a idéia platônica, segundo a qual o direito positivo pode extrair sua legitimidade de um direito superior, mas também com a posição empirista que nega qualquer tipo de legitimidade que ultrapasse a contingência das decisões legisladoras. A comprovação de um nexos interno entre Estado de direito e democracia exige o esclarecimento das seguintes proposições: o direito positivo não pode ser submetido simplesmente à moral (II); a soberania do povo e os direitos humanos pressupõem-se mutuamente (III); o princípio da democracia possui raízes próprias, independentes da moral (IV).

II

1.

A moral e o direito servem para regular conflitos interpessoais; ambos devem proteger, de forma simétrica, todos os participantes e afetados. O curioso é que a positividade do direito força uma *divisão* da autonomia, que não possui equivalente no campo da moral. A autodeterminação moral constitui um conceito unitário, segundo o qual cada um segue exatamente as normas que ele, de

acordo com um juízo próprio e imparcial, tem como obrigatórias; ao passo que a autodeterminação do cidadão apresenta uma dupla feição: ela se apresenta como autonomia pública e privada. Por isso, a autonomia jurídica não coincide com a liberdade em sentido moral. Além disso, ela assume em si mesma dois momentos: o da liberdade de arbítrio do ator que decide racionalmente e o da liberdade da pessoa que decide eticamente.

O sentido dos direitos subjetivos consiste inicialmente em *desligar*, de um modo bem circunscrito, os sujeitos de direito de mandamentos morais, abrindo aos atores espaços de arbítrio legítimo. Através dessas regras, o direito moderno faz valer, de modo geral, o princípio segundo o qual é permitido tudo o que não for proibido. Na moral existe naturalmente uma simetria entre direitos e deveres, ao passo que os *deveres* resultantes do direito são consequência da preservação de *direitos* que tomaram a dianteira conceitual. A autonomia privada, entretanto, não significa apenas liberdade de arbítrio em limites garantidos juridicamente; ela forma, ao mesmo tempo, uma cápsula protetora para a liberdade ética do indivíduo, para o próprio projeto existencial de vida ou, nas palavras de Rawls: para seguir a própria idéia de bem.² Só possui caráter moral a autonomia da qual os cidadãos, enquanto co-legisladores, devem utilizar-se para que todos possam chegar ao gozo simétrico de liberdades subjetivas. Por conseguinte, a autonomia das pessoas de direito, ao contrário da autonomia moral, que *se esgota* na capacidade de autoligação racional, inclui três componentes distintos: a autonomia dos cidadãos, exercitada em comum, a capacidade para uma escolha racional e a auto-realização ética.

O exercício da autonomia jurídica ramifica-se no uso público das liberdades comunicativas e no uso privado das liberdades subjetivas. Essa diferenciação torna-se clara a partir da positividade de um direito que remonta às resoluções de instâncias que “criam” e impõem o direito à coletividade, do que resulta a exigência teórica de uma separação de papéis: De um lado, há autores que criam (e falam) o direito, de outro, destinatários que estão submetidos ao direito vigente. Ora, se a autonomia das pessoas do direito abrange mais do que a autonomia em sentido moral, o direito positivo não pode ser entendido como um caso especial da moral.

2 J. Rawls. *Political Liberalism*. Nova Iorque, 1992.

Há outras razões que impedem a introdução de uma hierarquia entre direito natural e positivo. Pois os referentes de prescrições morais e jurídicas são distintos, uma vez que regulam matérias diferentes. O universo *moral*, que não possui fronteiras sociais ou históricas, abrange *todas* as pessoas naturais, em toda sua complexidade histórica e vital; deste modo, a proteção moral refere-se à integridade de sujeitos completamente individuados. Ao passo que uma *comunidade jurídica*, localizada no espaço e no tempo, protege a integridade de seus membros, porém, somente na medida em que eles assumem o *status* de portadores de direitos subjetivos.

Além disso, existem diferenças quanto à extensão. As matérias passíveis de uma regulamentação jurídica ou carentes dela são mais limitadas e, ao mesmo tempo, mais amplas que as questões morais: mais limitadas, porque somente o comportamento externo, que pode ser imposto, é acessível às regulamentações jurídicas; mais amplas, porque o direito, enquanto meio de organização da autoridade política, pode conferir uma forma impositiva a objetivos e programas coletivos, *não se esgotando*, pois, na regulamentação de conflitos interpessoais. As políticas e os programas do direito podem ter maior ou menor peso moral, o que vai depender de cada caso. Pois as matérias a serem reguladas pelo direito não visam apenas a questões morais, uma vez que abordam, não somente aspectos empíricos, pragmáticos e éticos, mas também o ajuste equitativo entre interesses que podem ser tema de um compromisso. Por isso, a formação da opinião e da vontade do legislador democrático depende de uma vasta rede de discursos e de negociações – e não apenas de discursos morais. E a pretensão de legitimidade que acompanha as normas do direito e a prática legislativa, ao contrário da pretensão de validade normativa dos mandamentos morais, que é claramente delineada, apóia-se em tipos diferentes de argumentos.³

3 As questões políticas são normalmente tão complexas, que é necessário tratá-las simultaneamente sob aspectos pragmáticos, éticos e morais. Ora, esses aspectos somente podem ser separados em nível analítico. Por isso, minha tentativa visando exemplificar diferentes tipos de discursos a partir de questões concretas, subordinadas linearmente, pode trazer confusão. Cf. acima, vol. I, p. 208ss.

Podemos constatar, pois, que o direito possui uma estrutura mais complexa que a da moral, porque: 1) desencadeia e, ao mesmo tempo, circunscreve liberdades de ação subjetivas (e a respectiva orientação por valores e interesses); 2) integra objetivos coletivos e regulamentações concretas, o que impede uma justificação apenas sob pontos de vista morais. Como alternativa para a subordinação do direito ao direito natural, recomenda-se abordar o direito positivo exigível como um complemento funcional da moral, pois ele *alivia* as pessoas que devem agir e julgar, tomando-lhes o fardo das exigências cognitivas, motivacionais e organizatórias de uma moral ligada à consciência subjetiva. O direito compensa, de certa forma, as fraquezas funcionais de uma moral que, encarada na perspectiva do observador, proporciona muitas vezes resultados indeterminados do ponto de vista cognitivo e inseguros do ponto de vista motivacional. A relação *complementar*, no entanto, não significa uma neutralidade moral do direito. Pois o processo legislativo permite que razões morais fluam para o direito. E a política e o direito têm que estar afinados com a moral – numa base comum de fundamentação pós-metafísica –, mesmo que os pontos de vista morais não sejam suficientemente seletivos para a legitimação de programas do direito.⁴

A divisão do direito em direito natural e direito positivo sugere a idéia de que as ordens jurídicas históricas *copiam* uma ordem inteligível dada preliminarmente. Ora, ao dedicar-se à concepção do direito, a nau da teoria do discurso navega entre es escolhos do direito

4 Convém fazer uma distinção entre políticas e direitos fundamentados moralmente; pois nem todos os programas políticos legítimos fundamentam direitos. De um lado, por exemplo, há fortes razões morais a favor de um direito individual a asilo político e a uma correspondente garantia dos caminhos do direito (e contra a substituição através de uma garantia institucional proporcionada pelo Estado). De outro lado, não existe uma pretensão jurídica individual à imigração pura e simples, mesmo que as sociedades ocidentais sejam obrigadas moralmente a uma política liberal de imigração. Estas distinções não ficaram suficientemente claras no decorrer do texto (cf. vol. II, o final do capítulo sobre Cidadania e identidade nacional); cf., no entanto, meu posfácio a Ch. Taylor. *Multiculturalismus und die Politik der Anerkennung*. Frankfurt/M., 1993, 179ss.

natural e do positivismo do direito: e, quando se entende a legitimidade do direito impositivo, modificável em princípio, como racionalidade procedimental que depende, em última instância, de um arranjo comunicativo apropriado para a formação política racional da vontade do legislador (e para a aplicação do direito), não se pretende afirmar que o momento de indisponibilidade da validade do direito sucumba num *decisionismo* cego, nem que ele tenha que ser preservado da corrente da temporalidade através de uma moral *limitadora*. Sob as premissas modificadas da teoria do discurso, é possível reformular a questão inicial do direito da razão, da seguinte maneira: que direitos as pessoas têm que atribuir-se mutuamente, quando se decidem a constituir uma livre associação de parceiros do direito e a regular legitimamente sua convivência com os meios do direito positivo? O *sentido* performativo dessa prática constituinte revela de forma nuclear todo o conteúdo do Estado democrático de direito. Pois o sistema dos direitos e os princípios do Estado de direito podem ser desenvolvidos a partir do sentido de realização da prática que se adotou através do primeiro ato de autoconstituição de tal comunidade de direito.

Todavia, se temos que empreender a reconstrução do direito sem poder nos apoiar num direito superior ou num direito precedente dotado de dignidade moral, temos que resolver inicialmente dois problemas: 1) como entender a garantia simétrica da autonomia privada e pública, se localizamos os direitos de liberdade, concebidos como direitos humanos, na mesma dimensão do direito positivo onde se encontram os direitos políticos dos cidadãos? 2) como entender o princípio do discurso, determinante para a legitimação do direito, se ele, devido à complementaridade entre direito e moral, não pode mais coincidir com o princípio moral?

III

É possível explicar conceitualmente o nexo interno entre Estado de direito e democracia a partir da dependência mútua entre as liberdades de ação do sujeito de direito privado e a autonomia pública do cidadão. Na filosofia política, essa relação é normalmente apresentada da seguinte forma: a autonomia privada dos membros da sociedade é garantida através dos direitos humanos (os direitos clássicos à “liberdade, à vida e à propriedade”) e através de uma *dominação* anônima *das leis*; ao passo que a autonomia política dos cidadãos é

deduzida do princípio da soberania do povo, a qual assume contornos na *autolegislação* democrática. Na tradição, estes dois elementos encontravam-se numa relação de concorrência. O *liberalismo*, que remonta a Locke, conseguiu exorcizar, a partir do século XIX, o perigo das maiorias tirânicas, postulando, contra a soberania do povo, a precedência dos direitos humanos, ao passo que o *republicanismo*, que remonta a Aristóteles, sempre colocou a “liberdade antiga”, que participava da política, na frente da “liberdade moderna”, não-política. Nem Rousseau, nem Kant conseguiram fazer jus à intuição que pretendiam traduzir em conceitos. Pois os direitos humanos, que Kant sintetiza no direito “originário” a iguais liberdades de ação subjetivas, não podem ser simplesmente impostos ao legislador soberano como um limite externo, nem instrumentalizados como um requisito funcional a serviço dele.

Os direitos humanos, podem ser fundamentados como direitos *morais*; mesmo assim, a partir do momento em que os concebemos como elemento constitutivo do direito, eles não podem ser impostos paternalisticamente a um legislador soberano. Os destinatários do direito não poderiam entender-se como seus co-autores, se o legislador se limitasse a operacionalizar os direitos humanos, tidos como fatos morais já prontos. De outro lado, porém, o legislador, sem prejuízo de sua autonomia, não pode decidir nada que fira os direitos humanos. A solução desse dilema foi facilitada, porque caracterizamos o direito como um *medium sui generis*, cujas características formais o distinguem da moral.

No âmbito da prática constituinte, não basta introduzir um princípio do discurso, à luz do qual as pessoas podem julgar se o direito que elas estabelecem é legítimo. Pois as próprias formas de comunicação, que tornam possível a formação discursiva de uma vontade política racional, necessitam de uma institucionalização jurídica. E, na medida em que o princípio do discurso assume figura jurídica, ele se transforma num princípio da democracia. Para que isso aconteça, é necessário que o código do direito, enquanto tal, esteja disponível; e a instauração desse código exige que se crie uma ordem de *status* para as possíveis pessoas do direito, isto é, para pessoas que, na qualidade de titulares de direitos subjetivos, fazem parte de uma associação de parceiros do direito, com pretensões jurídicas efetivas. Sem a garantia da autonomia privada, não pode haver direito positivo em geral. E, sem os direitos clássicos da liberdade, que garantem a autonomia

privada de pessoas de direito, também não pode haver um *medium* para a institucionalização jurídica das condições que permitem aos indivíduos fazerem uso de sua autonomia enquanto cidadãos.

Os sujeitos que desejam regular sua convivência com os meios do direito positivo não podem mais escolher o *medium* para concretizar sua autonomia. Pois, na produção do direito, eles participam na qualidade de *sujeitos do direito*; porém eles não podem mais dispor sobre o tipo de linguagem a ser utilizada. O nexos interno entre “direitos humanos” e soberania popular, que buscamos aqui, reside, pois, no fato de que a exigência de institucionalizar a autolegislação em termos de direito tem que ser preenchida com o auxílio de um código, o qual implica, *ao mesmo tempo*, a garantia de liberdades subjetivas de ação e de reclamação. Inversamente, a repartição igualitária desses direitos subjetivos (e de seu “valor equitativo”) só pode ser satisfeita através de um processo democrático que justifica a suposição de que os resultados da formação política da opinião e da vontade são racionais. Deste modo, a autonomia privada e a pública pressupõem-se mutuamente, sem que uma possa reivindicar o primado sobre a outra.

Esse pensamento inclui uma ponta de crítica ao liberalismo, que chegou a assustar os defensores do primado dos direitos humanos. Otfried Höffe, por exemplo, reage contra a degradação dos direitos *humanos* (cuja validade universal ele pretende fundamentar antropologicamente), os quais passariam a ser simples direitos *fundamentais*.⁵ No entanto, quando pretendemos falar do direito apenas no sentido do direito positivo, temos que fazer uma distinção entre direitos *humanos* enquanto normas de ação justificadas moralmente e *direitos humanos* enquanto normas constitucionais positivamente válidas. O *status* de tais direitos fundamentais não é o mesmo que o das normas morais – que possivelmente têm o mesmo significado. Na forma de direitos constitucionais normatizados e de reclamações, eles encontram abrigo no campo de validade de determinada comunidade política. Todavia, esse *status* não contradiz o sentido universalista dos direitos de liberdade clássicos, que incluem todas as pessoas em geral e não somente todos os que pertencem a um Estado. Enquanto direitos

5 O. Höffe. “Eine Konversion der Kritischen Theorie?”, in *Rechtshistorisches Journal*, nº 12, 1993.

fundamentais, eles se estendem a todas as pessoas, na medida em que se detêm no campo de validade da ordem do direito: nesta medida, todos gozam da proteção da constituição. O *sentido humano e jurídico* amplo desses direitos fundamentais fez com que, na República Federal da Alemanha, por exemplo, a situação jurídica de estrangeiros, refugiados e apátridas não se diferenciasse muito daquela em que se encontram os cidadãos em sentido pleno; de acordo com o teor da lei, eles gozam da mesma proteção do direito, têm deveres semelhantes e direitos a prestações.⁶

A discrepância entre o conteúdo dos clássicos direitos de liberdade, ou seja, direitos humanos, e a validade limitada de suas concretizações através do direito – que se restringem a um Estado nacional – revela que o “sistema dos direitos”, fundamentado discursivamente, ultrapassa o nível de um único Estado democrático de direito, tendo como alvo a globalização dos direitos. Kant já entrevira, com razão, que o conteúdo semântico dos direitos fundamentais exige um “estado cosmopolita” fundado no direito internacional. No entanto, para transformar a declaração dos direitos do homem, da ONU, em direitos reclamáveis não bastam os tribunais internacionais, pois estes só poderão funcionar adequadamente quando a era dos Estados soberanos singulares for substituída por uma ONU *capaz*, não somente *de tomar resoluções*, mas também *de agir e de impô-las*.⁷

Ao defender o primado dos direitos do homem, os liberais seguem uma intuição plausível, segundo a qual os sujeitos de direito têm que ser protegidos contra as arbitrariedades do poder monopolizado do Estado. Por isso, Charles Larmore pensa que pelo menos *um* direito subjetivo fundamentado moralmente é anterior à formação democrática da vontade, devendo circunscrevê-la: “Ninguém deveria

6 Com isso eu não pretendo ocultar as restrições que ainda existem, principalmente as deficiências do direito alemão no que respeita ao cidadão, as quais vêm sendo discutidas, já há algum tempo, sob os nomes: “segunda cidadania”, “direito dos estrangeiros nas eleições comunais”; cf. vol. II, o final do capítulo sobre Cidadania e identidade nacional.

7 Cf. o posfácio a J. Habermas. *Vergangenheit als Zukunft*. Munique, 1993. Esse texto foi traduzido pela Edit. Tempo Brasileiro sob o título: *Passado como futuro*. Rio de Janeiro, 1993 (N.T.).

ser constrangido, através de violência, a submeter-se a normas, quando não for possível aceitar racionalmente a validade delas”.⁸ Numa interpretação benévola, esse argumento significa que as pessoas desejosas de constituir-se como comunidade de direito passam a aceitar *eo ipso* um conceito de direito positivo que inclui a expectativa de legitimação. E a necessidade de fundamentação passa a fazer parte das implicações semânticas desse conceito de direito e, desta forma, da prática constituinte em geral. Numa interpretação menos benévola, no entanto, o argumento manifesta a convicção de que a autoridade impessoal das leis é tão fundamental como o poder do Leviatã, que elas pretendem subjugar e prender.

Esse modo de pensar liberal, no entanto, que pode ser explicado a partir de experiências históricas próximas, não faz jus ao nexó constitutivo existente entre direito e política.⁹ Ele confunde soberania do povo com monopólio do poder, não conseguindo atingir o sentido naturalmente técnico e não-repressivo de um poder administrativo que se apresenta na forma do direito – na medida em que este poder só é exercitado no quadro de leis democráticas. E, o que é mais importante: ele passa ao largo do sentido de autonomia dos cidadãos, exercitada intersubjetivamente, constitutiva para toda comunidade política. Ora, para fazer jus aos dois aspectos, é necessária uma reconstrução em dois degraus, a qual parte da socialização horizontal dos cidadãos que se reconhecem *reciprocamente* como sujeitos possuidores dos mesmos direitos, e chega ao disciplinamento do poder estatal pressuposto nos moldes do Estado de direito. A partir daí, é possível verificar que os direitos liberais de defesa do indivíduo contra o aparelho do Estado que monopoliza o poder não são originários, uma vez que surgem, inicialmente, de uma transformação das liberdades de ação subjetivas *que uns atribuem aos outros*. Somente num segundo momento, os direitos subjetivos, ligados ao código do direito enquanto tal, adquirem o sentido negativo de delimitação de um setor privado a ser subtraído de intromissões administrativas arbitrárias. Os direitos de defesa

nascem junto com o princípio da legalidade da administração; por isso, eles não possuem, na estrutura lógica do sistema dos direitos, o valor fundamental sobre o qual Larmore pretende fundamentar o primado dos direitos humanos.

IV

A legitimidade do direito positivo não deriva mais de um direito moral superior: porém ele pode conseguí-la através de um processo de formação da opinião e da vontade, que se presume racional. Eu analisei esse processo democrático – que empresta força legitimadora ao estabelecimento do direito em meio ao pluralismo das cosmovisões e das sociedades – sob pontos de vista da teoria do discurso.¹⁰ E, neste trabalho, apoiei-me no princípio segundo o qual podem pretender legitimidade as regulações normativas e modos de agir merecedores do assentimento de todos os possíveis envolvidos enquanto participantes de discursos racionais.¹¹ À luz desse princípio do discurso, os sujeitos examinam quais são os direitos que eles deveriam conceder uns aos outros. *Enquanto* sujeitos do direito, eles têm que ancorar esta prática da autolegislação no *medium* do próprio direito; eles têm que institucionalizar juridicamente os próprios pressupostos comunicativos e os procedimentos de um processo de formação da opinião e da vontade, no qual é possível aplicar o princípio do discurso. Por conseguinte, o estabelecimento do código do direito, levado a cabo com o auxílio do direito geral a liberdades subjetivas de ação, tem que ser *completado* através de direitos de comunicação e de participação, os quais garantem um uso público e equitativo de liberdades comunicati-

8 Ch. Larmore. “Die Wurzeln radikaler Demokratie”, in *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, nº. 41 (1993), 327.

9 Sobre a análise dos conceitos fundamentais cf. vol. I, Cap. IV, Seção I, pp. 170-189.

10 Cf. *ibid.*, pp. 198-207 e vol. 2 ((369ss.)).

11 No texto, pp. 142ss. A idéia da possibilidade de um assentimento geral explicita o sentido da validade de normas de ação como uma aceitabilidade racional – que não se dá apenas em nível local. Essa explicação da validade deontológica refere-se ao processo da fundamentação, não ao da aplicação das normas. Nesta medida, a comparação com uma máxima da prática de decisão judicial é equivocada; cf. N. Luhmann. “Quod omnes tangit...”, in *Rechtshistorisches Journal*, nº 12, 1993.

vas. Por este caminho, o princípio do discurso assume a figura jurídica de um princípio da democracia.

Nesse contexto, a idéia contrafática da possibilidade do assentimento geral não é devorada nem neutralizada pela facticidade da institucionalização jurídica dos discursos públicos, como parece sugerir Onora O'Neill.¹² Albrecht Wellmer salienta, com razão, que o "conceito de legitimidade do direito (possui), além disso, uma aplicação contrafática... Não obstante, a lógica do moderno conceito de legitimidade trabalha com a idéia de que a possibilidade de resoluções comuns tem que ser vista, na medida do possível, como algo que se realiza faticamente – na medida em que é necessário atribuir a todos os atingidos igual direito à participação em processos coletivos de formação da vontade: esta é a idéia da democracia. Ora, se as leis legítimas devem ser de tal sorte que todos os envolvidos poderiam tê-las emitido em comum, e se – em princípio – todos os atingidos têm igual direito à participação na resolução coletiva, então é evidente que o esclarecimento público argumentativo de questões normativas tem que desempenhar um papel central em qualquer tentativa que visa realizar ... direito legítimo e garantir o reconhecimento de sua legitimidade. Argumentar em prol de uma norma do direito – ou de um sistema de normas do direito – equivale, neste caso, à tentativa de mostrar, com argumentos, para todos os outros envolvidos, por que qualquer pessoa inteligente e bem-intencionada deveria poder julgar a vigência social dessa norma ou dessas normas como igualmente boa para todos".¹³ A mesma tensão entre facticidade e validade existe no discurso moral, como, aliás, em qualquer prática de argumentação; o *medium* do direito apenas a intensifica, operacionalizando-a no âmbito do comportamento.

Contrariando essa posição, A. Wellmer gostaria de reservar a idéia da possibilidade geral de assentimento para a declaração da legitimidade do direito, a qual não deveria estender-se, segundo ele, à validade de normas morais. Ele pensa que a ética do discurso transpõe falsamente o nexo entre validade normativa e discurso real, que existe no caso

especial da validade do direito, para a validade deontológica de mandamentos morais. Não há necessidade de nos determos nessa objeção;¹⁴ todavia, ele alerta para um problema de delimitação que se coloca realmente para a teoria discursiva do direito e da moral. Pois, quando se toma o princípio do discurso, não somente para explicar o princípio da democracia, mas, de modo geral, para a explicação do sentido da avaliação imparcial de questões normativas de qualquer tipo, como é o caso de Wellmer, corre-se o risco de embaralhar as fronteiras que separam a fundamentação pós-convencional de normas de ação em geral da fundamentação de normas especificamente morais. Pois o princípio do discurso tem que ser situado num nível de abstração suficientemente neutro em relação ao direito e à moral. De um lado, ele deve possuir um conteúdo moral, suficiente para se avaliar imparcialmente normas de ação em geral; de outro, ele não pode coincidir exatamente com o princípio moral, porque o modo como ele se desdobra no princípio da moral difere do modo como ele se desdobra no princípio da democracia. Então, é preciso mostrar que o princípio do discurso não esgota inteiramente o conteúdo do princípio de generalização ("U"), da ética do discurso. Caso contrário, o princípio moral, oculto no princípio do discurso, passaria a ser novamente a única fonte de legitimação para o direito – como acontecia no direito natural.

A formulação do princípio do discurso ("D"), sugerida por mim e cujo teor é o seguinte: "são válidas as normas de ação com as quais poderiam concordar, enquanto participantes de discursos racionais, todas as pessoas possivelmente afetadas", contém dois conceitos centrais que permanecem indeterminados: de um lado, as diferentes "normas de ação" (e as correspondentes proposições normativas); de outro, os "discursos racionais" (dos quais dependem negociações, cujos processos têm que ser justificados discursivamente). No entanto, isso abre um espaço suficientemente amplo para que o princípio da moral e da democracia possam ser deduzidos do princípio do discurso, através de especificações adequadas. O princípio da democracia só encontra aplicação nas normas que se apresentam como normas do

12 O. O'Neill. "Kommunikative Rationalität und praktische Vernunft", in *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 41 (1993), 329-332.

13 A. Wellmer. *Ethik und Dialog*. Frankfurt/M.

14 Sobre a crítica a Wellmer, cf. J. Habermas. *Erläuterungen zur Diskursethik*. Frankfurt/M., 1991, 131ss; cf. também L. Wingert. *Gemeinsinn und Moral*. Frankfurt/M., 1993.

direito, ao passo que o princípio moral – segundo o qual as normas devem ser do interesse simétrico de todas as pessoas¹⁵ – limita-se ao tipo de discursos que são decididos *apenas* através de argumentos morais. O princípio moral não especifica os tipos de normas, enquanto o princípio da democracia deixa vagas as formas de argumentação (e as negociações). Isso pode explicar duas assimetrias: Enquanto os discursos morais especializam-se num único tipo de argumentos e as normas morais são equipadas com um modo bem preciso de validade deontológica, a legitimidade das normas do direito apóia-se num amplo espectro de argumentos, inclusive morais. E, enquanto o princípio moral, funcionando como regra de argumentação, serve exclusivamente à formação do juízo, o princípio da democracia estrutura, não apenas o saber, mas também a prática dos cidadãos.

Quando se determina a relação entre moral e direito desta maneira e quando não se identifica mais a pretensão de legitimidade das normas do direito, ou seja, a sua “justeza”,¹⁶ com a pretensão à justiça moral, é possível deixar aberta a questão subsequente da fundamentação *moral* do direito enquanto tal, ou seja, o problema típico do direito natural, da passagem do estado de natureza para o estado de sociedade. Devido às suas características formais, o direito positivo, que surge na modernidade como resultado de um processo de aprendizagem social, pode ser tomado como meio adequado para a estabilização de expectativas de comportamento; e parece não haver, nas sociedades complexas, um equivalente para ele. A filosofia *não necessita* de argumentos morais para demonstrar que é recomendável organizar nossa convivência com os meios do direito, ou seja, formar comunidades jurídicas em geral, pois bastam argumentos funcionais. O filósofo

15 Cf. a formulação de “U” in J. Habermas. *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*. Frankfurt/M., 1983, 131: “Toda norma válida deve satisfazer à seguinte condição: as consequências e efeitos secundários que presumivelmente afetarão a satisfação dos interesses de cada um em particular, caso a norma venha a ser obedecida em geral, devem poder ser aceitas, sem constrangimento, por todas as pessoas afetadas”.

16 Cf. agora R. Alexy. *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg, 1992.

deve satisfazer-se com a idéia de que, em sociedades complexas, só é possível estabelecer, de modo confiável, condições morais de respeito mútuo, inclusive entre estrangeiros, se se apelar para o *medium* do direito.

V

O direito não é um sistema fechado narcisisticamente em si mesmo, uma vez que se alimenta da “eticidade democrática” dos cidadãos e da cultura política liberal.¹⁷ Isso se torna claro, a partir do momento em que tentamos explicar de que modo o direito legítimo pode surgir da pura e simples legalidade. No entanto, para que o processo democrático de estabelecimento do direito tenha êxito, é necessário que os cidadãos utilizem seus direitos de comunicação e de participação num sentido orientado *também* para o bem comum, o qual pode ser proposto politicamente, porém não imposto juridicamente. Como todos os direitos subjetivos, os direitos políticos das pessoas, de acordo com sua forma, abrem espaços da liberdade de arbítrio que implicam a obrigatoriedade de um comportamento legal. Entretanto, independentemente dessa estrutura, eles só conseguem abrir as fontes de legitimação para a formação discursiva da opinião e da vontade, se os cidadãos utilizarem suas liberdades comunicativas, não apenas *como* liberdades subjetivas de ação para a defesa de interesses próprios, mas também *como* liberdades comunicativas para fins do “uso público da razão”. Para que o direito mantenha sua legitimidade, é necessário que os cidadãos troquem seu papel de sujeitos privados do direito e assumam a perspectiva de participantes em processos de entendimento que versam sobre as regras de sua convivência. Nesta medida, o Estado democrático de direito depende de motivos de uma população *acostumada* à liberdade, os quais não são atingidos pelas intromissões do direito e da administração. Isso explica por que, no paradigma procedimentalista do direito, as estruturas de uma sociedade civil

17 Sobre o conceito de eticidade democrática cf. A. Wellmer. “Bedingungen einer demokratischen Kultur”, in M. Brunkhorst e H. Brunkhorst (eds.). *Gemeinschaft und Gerechtigkeit*. Frankfurt/M. 1993, 173-196; cf. também A. Honneth. *Posttraditionale Gesellschaften*. *ibid.*, 260-270.

viva e de uma esfera pública política não contaminada pelo poder têm que carregar uma boa parte das expectativas normativas, principalmente o fardo da gênese democrática do direito, que se pretende normativa.

Naturalmente, isso desperta o faro do cético, encarnado na dupla figura do cientista social e do jurista. Enquanto o primeiro assume o papel do empirista, esclarecendo-nos sobre o vazio das idéias que sempre são suplantadas pelos interesses, o segundo, por ser pragmático, nos ensina sobre os conflitos que só podem ser enfrentados, se tivermos como respaldo um Estado substancial. Por seu turno, o princípio da teoria do discurso introduz um elemento realista, na medida em que desloca as condições para uma formação política racional da opinião e da vontade: ele as retira do nível das motivações e decisões de atores ou grupos singulares e as transporta para o nível social de processos institucionalizados de resolução e de decisão. E aqui emerge o ponto de vista estruturalista: processos democráticos e arranjos comunicativos podem funcionar como filtros que selecionam temas e contribuições, informações e argumentos, de tal modo que somente “contam” os que são válidos e relevantes. Mesmo assim, é preciso perguntar: como correlacionar uma autocompreensão pretensiosa do direito e da democracia, que não foi talhada para “um povo de demônios”, com as condições e funções de sociedades complexas em geral?

Entretanto, foi precisamente esse ceticismo que me levou a tomar como tema a tensão entre facticidade e validade.¹⁸ Uma teoria do direito que procede reconstrutivamente parte da premissa metódica segundo a qual a autocompreensão contrafática do Estado democrático de direito se assenta em pressuposições inevitáveis e premissas de consequências fáticas para as respectivas práticas. O primeiro ato de uma prática constituinte introduz na complexidade social a cunha de uma idéia exaltada. À luz dessa idéia da autoconstituição de uma comunidade de pessoas livres e iguais, as práticas usuais de criação, de aplicação e de imposição do direito são expostas inevitavelmente à crítica e autocrítica. Sob a forma de direitos subjetivos, as energias do livre arbítrio, do agir estratégico e da auto-realização são liberadas e, ao mesmo tempo, canalizadas através de uma imposição normativa,

sobre a qual as pessoas têm que entender-se, utilizando publicamente suas liberdades comunicativas, garantidas pelo direito, ou seja, através de processos democráticos. A realização paradoxal do direito consiste, pois, em domesticar o potencial de conflito embutido em liberdades subjetivas desencadeadas, utilizando normas cuja força coercitiva só sobrevive durante o tempo em que forem reconhecidas como legítimas na corda bamba das liberdades comunicativas desencadeadas. Deste modo, uma figura que alhures se opõe à força social integradora da comunicação converte-se aqui num meio da integração social, assumindo a forma de coerção legítima do Estado. E, nesse momento, a integração social assume forma totalmente reflexiva, pois, na medida em que o direito supre a sua cota de legitimação com o auxílio da força produtiva da comunicação, ele utiliza o risco permanente de dissenso, transformando-o num agulhão capaz de movimentar discursos públicos institucionalizados juridicamente.

J. H.

Frankfurt/M, setembro de 1993.

18 Cf. vol. I, Cap. I, Seção III, p. 48ss.

BIBLIOGRAFIA*

- AARNIO, Aulis. *The Rational as Reasonable*. Dordrecht/Lancaster: Reidel, 1987.
- ACKERMAN, Bruce. *Social Justice in the Liberal State*. New Haven e Londres: Yale University Press, 1980.
- _____. "What is Neutral About Neutrality?", in *Ethics*, vol. 93, 1983.
- _____. "The Storr Lectures; Discovering the Constitution", in *The Yale Law Review*, vol. 93, 1984, 1013-1072.
- _____. "Why Dialogue?", in *Journal of Philosophie*, vol. 86, 1989.
- _____. *We the People. 1. Foundations*. Cambridge. Mass. e Londres: Harvard University Press, 1991.
- AHRENS, Edmund (ed.) *Habermas und die Theologie*. Düsseldorf: Patmos, 1989.
- ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1978, 3^a ed. 1990.
- _____. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1985 e Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1986.
- _____. "Probleme der Diskurstheorie", in *Zeitschrift für philosophische Forschung*, vol. 43, 1989, 81-93.
- _____. "Zur Kritik des Rechtspositivismus", in DREIER, R. (1990).
- _____. *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg: K. Alber, 1992.
- _____. "Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft", in MAIHOFER, W./SPRENGER (1993), 1-27.
- APEL, K.O. *Transformation der Philosophie*. 2 vols.. Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1973.
- _____. "Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft", in ID. (1973), vol. II.
- _____. *Der Denkweg von Charles Peirce*. Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1975.

* O autor agradece a Sebastian Knell pela elaboração desta bibliografia.

- _____. "Sprache und Bedeutung, Wahrheit und normative Gültigkeit", in *Archivio di Filosofia*, vol. 55, 1987, 51-88.
- _____. *Diskurs und Verantwortung*. Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1988.
- _____. "Zurück zur Normalität?", in ID., (1988).
- _____. "Kann der postkantische Standpunkt der Moralität noch einmal in substantielle Sittlichkeit aufgehoben werden?", in ID., (1988), 103-153.
- _____. "Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik" in APEL/KETTNER, (1992), 29-61.
- APEL, K.-O./KETTNER, M. (eds.). *Zur Anwendung der Diskursethik in Politik, Recht und Wissenschaft*. Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1992.
- ARENDT, Hannah. *Elemente und Ursprünge totalitärer Herrschaft*. Frankfurt/M., 1955.
- _____. *Vita activa*. Stuttgart, 1960.
- _____. *Über die Revolution*. Munique, 1965.
- _____. *Macht und Gewalt*. Munique, 1970.
- _____. *Das Urteilen*. Textos sobre a filosofia política de Kant. Munique, 1982.
- ARENS, P. *Zivilprozessrecht*. Munique, 1988, 4^a ed.
- ARNAUD, A. J., HILPINEN, R., WROBLEWSKY, J. (eds.). "Juristische Logik und Irrationalität im Recht", in *Rechtstheorie*, Cad. suplementar n^o 8, 1985.
- ASSMANN, H. D. *Wirtschaftsrecht in der mixed Economy*. Frankfurt/M., 1980.
- ATIYAH, Patrick Selim. *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. Oxford: Clarendon Press, 1979.
- BACHRACH, B., *Die Theorie demokratischer Eliteherrschaft*. Frankfurt/M.: Europäische Verlagsanstalt, 1970.
- BARBALET, J. M., *Citizenship*. Stratford: Open University Press, 1988.
- BAUR et al. (eds.) *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschrift für L. Raiser*. Tübingen: Mohr, 1974.
- BAYNES, Kenneth. *The Normative Grounds of Social Criticism. Kant, Rawls and Habermas*. Albany, Nova Iorque: State University of New York Press, 1991.
- BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft*. Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1986.
- _____. *Gegengifte. Die organisierte Unverantwortlichkeit*. Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1988.
- BECKER, Werner. *Die Freiheit, die wir meinen*. Munique: Piper, 1982.
- BEINER, R. *Political Judgement*. Londres/Chicago: Methuen, 1983.
- BENHABIB, Seyla. *Critique, Norm and Utopia*. Nova Iorque: Guilford/Columbia University Press, 1986.

- _____. "Liberal Dialogue vs. a Critical Theory of Discursive Legitimation", in ROSENBLUM, Nancy L. (ed.). *Liberalism and the Moral Life*. Cambridge, Mass./Londres: Harvard University Press, 1989.
- _____. *Situating the Self*. Cambridge: Polity, 1992.
- _____. "Models of Public Space", in ID. (1992), 89-120.
- _____. "Feminism and the Question of Postmodernism", in ID. (1992), 203-242.
- BENJAMIN, Walter. *Der Surrealismus, Gesammelte Schriften* II, 3.
- BERMBACH, U. "Politische Institutionen und gesellschaftlicher Wandel", in HARTWICH (1989), 57-71.
- BETHGE, H. "Aktuelle Probleme der Grundrechtsdogmatik", in *Der Staat*, 24 (1985).
- BIBO, I. *Die deutsche Histerie*. Frankfurt/M., 1991.
- BLANKENAGEL, A. *Tradition und Verfassung*. Baden-Baden, 1987.
- BLÜHDORN, J. e RITTER, J. (eds.) *Recht und Ethik*. Frankfurt/M., 1970.
- BOBBIO, N. *The Future of Democracy*. Cambridge/Mass, 1987.
- _____. "Gramsci and the Concept of Civil Society", in KEANE (1988), 73-100.
- BÖCKENFÖRDE, E. W. "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation", in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1974.
- _____. (ed.). *Staat und Gesellschaft*. Darmstadt, 1976.
- _____. *Recht, Freiheit, Staat*. Frankfurt/M., 1991.
- _____. "Das Bild vom Menschen in der Perspektive der heutigen Rechtsordnung", in ID. (1991), 58-66.
- _____. "Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs", in ID., (1991), 143-169.
- _____. "Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge", in ID., (1991), 146-158.
- _____. "Grundrechte als Grundsatznormen", in ID., (1991).
- BOYLE, J. "The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought", in *Pennsylvania Law Review*, 133 (1985), 685-780.
- BREST, P. "The Fundamental Rights Controversy", in *Yale Law Journal*, 90 (1981), 1063-1109.
- BRODA, C. (ed.). *Festschrift für R. Wassermann*. Neuwied/Darmstadt, 1985.
- BRÜGGEMEIER, G. "Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung", in *Rechtstheorie*, 8 (1982), 60-73.
- _____. "Justizielle Schutzpolitik de lege lata", in BRÜGGE-MEIER/HART (19878), 7-41.

BRÜGGEMEIER, G./HART, D. *Soziales Schuldrecht*. Bremen, 1987.

BRUNKHORST, H. "Die Ästhetisierung der Intellektuellen", in *Frankfurter Rundschau* (28/11/1988).

_____. "Zur Dialektik von realer und idealer Kommunikationsgemeinschaft", in DORSCHERL A. et al. (eds.). *Transzendentalpragmatik*. Frankfurt/M., 1993, 342-358.

BUBNER, R. *Antike Themen und ihre moderne Verwandlung*. Frankfurt/M. 1992.

_____. "Das sprachliche Medium der Politik", in ID., (1992), 188-202.

BUCHANAN, A. E. *Marx and Justice*. Londres, 1982.

CALHOUN, C. *Habermas and Public Sphere*. Cambridge/Mass., 1992.

CARENS, J. H. "Aliens and Citizens: The Case for Open Borders", in *Review of Politics*, 49 (1987).

COBB, R./ELDER, Ch. "The Politics of Agenda-Building", in *Journal of Politics* (1971), 892-915.

COBB, R./ROSS, J. K./ROSS, M. H. "Agenda Building as a Comparative Political Process", in *American Political Science Review*, 70 (1976), 126-148.

COHEN, J. "Deliberation and Democratic Legitimacy", in HAMLIN/PETTIT (1989).

COHEN, J./ROGERS, J. *On Democracy*. Nova Iorque, 1983.

COHEN, J. L./ARATO, A. *Civil Society and Political Theory*. Cambridge/Mass., 1992.

COING, H. "Zur Geschichte des Begriffs 'subjektives Recht'", in COING et al. (1959).

_____. "Das Verhältnis der positiven Rechtswissenschaft zur Ethik im 19. Jahrhundert", in BLÜHDORN/RITTER (1970).

_____. et al. *Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit*. Frankfurt/M./Berlin, 1959.

CONOLLY, W. E. *The Terms of Political Discourse*. Lexington/Mass., 1974.

CZIBULKA, D. *Die Letitimierung der öffentlichen Verwaltung*. Heidelberg, 1989.

DAHL, R. A. *A Preface to Economic Democracy*. Oxford, 1985.

_____. *Democracy and its Critics*. New Haven, 1989.

DANIELS, N. (ed.). *Reading Rawls*. Oxford, 1975.

DENNINGER, E. *Staatsrecht*. Reinbek, 1973.

_____. "Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe", in BRODA Chr. (1985), c in DENNINGER (1990).

_____. "Verfassung und Gesetz", in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1986).

_____. *Der gebändigte Leviathan*. Baden-Baden, 1990.

_____. "Der Präventions Staat", in ID. (1990).

DERRIDA, J. *Gesetzeskraft. Der "mystische Grund der Autorität"*. Frankfurt/M., 1991.

DEWEY, J. *The Public and its Problems*. Chicago, 1954.

DIPPEL, H. "Die politischen Ideen der französischen Revolution", in *Pipers Handbuch der Politischen Ideen*, vol. 4, Munique, 1986.

DOWNS, A. *An Economic Theory of Democracy*. Nova Iorque, 1957.

DREIER, R. *Was ist und wozu allgemeine Rechtslehre?* Tubinga, 1975.

_____. *Recht - Moral - Ideologie*. Frankfurt/M., 1981.

_____. "Recht und Moral", in ID. (1981).

_____. *Rechtsbegriff und Rechtsidee*. Frankfurt/M., 1986.

_____. (ed.). *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts*. Stuttgart, 1990.

_____. *Recht - Staat - Vernunft*. Frankfurt/M., 1991.

_____. "Widerstandsrecht im Rechtsstaat?", in ID. (1991), 39-72.

DRYZEK, J. S. *Discursive Democracy*. Cambridge, 1990.

DUBIEL, H. *Zivilreligion in der Massendemokratie* (manuscr.), 1989.

DURKHEIM, É. *Physik der Sitten und des Rechts*. Frankfurt/M., 1991.

DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. Cambridge/Mass., 1977.

_____. *A Matter of Principle*. Cambridge/Mass., 1985.

_____. "Principle, Policy, Procedure", in ID. (1985), 72-103.

_____. *Law's Empire*. Cambridge/Mass., 1986.

_____. "Liberal Community", in *Calif. Law Review*, 77 (1989), 479-589.

_____. *Foundations of Liberal Equality. The Tanner Lectures on Human Values*, vol. VIII, 1990.

EDELSTEIN, W./NUNNER-WINKLER, G. (eds.). *Zur Bestimmung der Moral*. Frankfurt/M., 1986.

EDER, Klaus. *Die Entstehung staatlich organisierter Gesellschaften*. Frankfurt/M., 1976.

_____. *Geschichte als Lernprozess?* Frankfurt/M., 1985.

EISENSTADT, S. N. (ed.). *Democracy and Modernity*. Leiden, 1992.

ELLSCHIED, G./HASSEMER, W. (eds.). *Interessenjurisprudenz*. Darmstadt, 1974.

ELSTER, J. "The Market and the Forum", in ELSTER/HYLLAND (1986), 103-132.

_____. *The Cement of Society*. Cambridge, 1989.

_____. *Arguing and Bargaining in Two Constituent Assemblies. The Storr Lectures*. Yale Law School (manuscript), 1991.

- _____. "The Possibility of Rational Politics", in HELD (1991).
- ELSTER, J./HYLLAND, A. (eds.). *Foundations of Social Choice Theory*. Cambridge, 1986.
- ELSTER, J./SLAGSTAD, R. (eds.). *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge, 1988.
- ELY, J. H. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge/Mass., 1980.
- ENNECERUS, L. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. Tubinga, 1959, 15^a ed.
- ESSER, J. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Tubinga, 1964.
- _____. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Kronberg, 1972.
- EUCHNER, W. *Naturrecht und Politik bei John Locke*. Frankfurt/M., 1979.
- EWALD, F. *L'État providence*. Paris, 1986.
- FABER, H. *Verwaltungsrecht*. Tubinga, 1987.
- FERGUSON, A. *Versuch über die Geschichte der bürgerlichen Gesellschaft*. Frankfurt/M., 1986.
- FETSCHER, I./MÜNKLER, H. (eds.). *Pipers Handbuch politischer Ideen*, vol. 3, Munique, 1985.
- FISS, O. "Objektivität und Interpretation", in *Stanford Law Review*, 34 (1982), 739-763.
- FORST, R. *Kontexte der Gerechtigkeit*. Frankfurt/M., 1993.
- FORSTHOFF, E. *Der Staat der Industriegesellschaft*. Munique, 1971.
- _____. (ed.). *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*. Darmstadt, 1968.
- FORUM FÜR PHILOSOPHIE BAD HOMBURG (ed.). *Die Ideen von 1789*, Frankfurt/M., 1989.
- FRAENKEL, E. *Deutschland und die westlichen Demokratien*. Frankfurt/M., 1991.
- _____. "Die repräsentative und plebiszitäre Komponente im demokratischen Verfassungsstaat", in ID. (1991), 153-203.
- _____. "Parlament und öffentliche Meinung", in ID. (1991).
- FRANKENBERG, G. "Der Ernst im Recht", in *Kritische Justiz*, 20 (1987).
- FRANKENBERG, G./RÖDEL, U. *Von der Volkssouveränität zum Minderheitenschutz*. Frankfurt/M., 1981.
- FRANKFURT, H. *The Importance of what we know about*. Cambridge/Mass., 1988.
- _____. "Freedom of the Will and the Concept of the Person", in ID. (1988), 11-25.

- FRASER, N. *Unruly Practices*. Oxford, 1991.
- _____. "Struggle over Needs", in ID. (1991), 161-190.
- _____. "Rethinking the Public Sphere", in CALHOUN, (1992).
- FREGE, G. *Logische Untersuchungen*. Göttingen, 1966.
- FRIEDMAN, L. M. "Transformations in American Legal Culture 1800-1985", in *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 6, (1985).
- _____. *Total Justice*. Nova Iorque, 1985.
- FRÖBEL, J. *System der sozialen Politik*. Mannheim, 1847.
- _____. *Monarchie oder Republik*. Mannheim, 1848.
- FULLER, L. *The Morality of Law*. Chicago, 1969.
- FURET, F. *Vom Ereignis zum Gegenstand der Geschichtswissenschaft*. Frankfurt/M., 1980.
- _____. *La Révolution 1780-1880*. Paris, 1988.
- FURET, F./RICHEL, D. *Die Französische Revolution*. Frankfurt/M., 1968.
- GADAMER, H. G. *Wahrheit und Methode*. Tubinga, 1960.
- GEHLEN, A. *Der Mensch*. Bonn, 1950.
- _____. *Urmensch und Spätkultur*. Bonn, 1956.
- GERHARDS, J./NEIDHARDT, F. *Strukturen und Funktionen moderner Öffentlichkeit*. Wissenschaftszentrum Berlin, 1990.
- GIDDENS, A. *Profiles and Critiques in Social Theory*. Londres, 1982.
- GIEGEL H. J. (ed.). *Kommunikation und Konsens in modernen Gesellschaften*. Frankfurt/M., 1992.
- GLOTZ, P. *Der Irrweg des Nationalstaates*. Stuttgart, 1990.
- GLUSY, Ch. "Das Mehrheitsprinzip im demokratischen Staat", in GUGGENBERGER/OFFE, K. (1984), 61-82.
- GÖHLER, G. et al. (eds.). *Politische Institutionen im gesellschaftlichen Umbruch*. Opladen, 1990.
- GOODIN, R. "What is so Special about our Fellow Countrymen?", in *Ethics*, 98 (1988), 663-686.
- GOODMAN, D. "Public Sphere and Private Life: Toward a Synthesis of Current Historical Approaches to the Old Regime", in *History and Theory*, 31 (1992), 1-20.
- GOORDEN, R. W. "Critical Legal Histories", in *Stanford Law Review*, (1984).
- GÖRLITZ, A./VOIGT, R. *Rechtspolitologie*. Hamburgo, 1985.
- GRAVERT, R. "Staatsangehörigkeit und Staatsbürgerschaft", in *Der Staat*, 23 (1984), 179-204.
- _____. "Staatsvolk und Staatsangehörigkeit", in ISENSEE/KIRCHHOFF, (1987).

GRIMM, D. "Reformalisierung des Rechtsstaates?", in *Juristische Schulung*, cad. 10 (1980), 704-709.

_____. *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*. Frankfurt/M.

_____. (ed.) *Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*. Baden-Baden, 1990.

_____. *Die Zukunft der Verfassung*. Frankfurt/M., 1991.

_____. "Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?", in ID. (1991), 221-240.

_____. "Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaates", in ID. (1991).

_____. "Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention", in ID. (1991).

_____. "Interessenwahrung und Rechtsdurchsetzung in der Gesellschaft von morgen", in ID. (1991).

_____. GUGGENBERGER B./OFFE C. (eds.). *An den Grenzen der Mehrheitsdemokratie*. Opladen, 1984.

GUNSTEREN, H. R. van. "Admission to Citizenship", in *Ethics*, 98 (1988).

GÜNTHER, K. *Der Sinn für Angemessenheit*. Frankfurt/M., 1988.

_____. "Ein normativer Begriff der Kohärenz. Für eine Theorie der juristischen Argumentation", in *Rechtstheorie*, 20 (1989).

_____. "Hero Politics in Modern Legal Times", in *Institute for Legal Studies*, Madison Law School, Series 4, Madison/Wi., 1990.

_____. "Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts", in GRIMM (1990).

_____. "Kann ein Volk von Teufeln Recht und Staat moralisch legitimieren?", in *Rechtshistorisches Journal*, cad. 10 (1991), 233-267.

_____. "Die Freiheit der Stellungnahme als politisches Grundrecht", in KOLLER et al. (1991).

_____. "Universalistische Normbegründung und Normanwendung", in HERBERGER et al. (1991).

_____. "Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts", in JUNG et al. (1991), 205-217.

GUREVITCH, M./BLUMLER, G. "Political Communication Systems and Democratic Values", in LICHTENBERG (1990).

HÄBERLE, P. "Grundrechte im Leistungsstaat", in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 30 (1972), 43-131.

_____. (ed.). *Verfassungsgerichtsbarkeit*. Darmstadt, 1976.

_____. *Verfassung als öffentlicher Prozess*. Frankfurt/M., 1978.

_____. *Die Verfassung des Pluralismus*. Frankfurt/M., 1980.

_____. "Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten", in ID. (1980), 79-105.

HABERMAS, J. *Theorie und Praxis*. Frankfurt/M., 1971.

_____. *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*. Frankfurt/M., 1973.

_____. *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*. Frankfurt/M., 1976.

_____. *Theorie des kommunikativen Handelns*. 2 vols., Frankfurt/M., 1981 (a).

_____. *Philosophisch-politische Profile*. Frankfurt/M., 1981 (b).

_____. *Zur Logik der Sozialwissenschaften*. Frankfurt/M., 1982.

_____. *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*. Frankfurt/M., 1983.

_____. *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt/M., 1984.

_____. *Der philosophische Diskurs der Moderne*. Frankfurt/M., 1985 (a).

_____. *Die neue Unübersichtlichkeit*. Frankfurt/M., 1985 (b).

_____. "Gerechtigkeit und Solidarität", in EDELSTEIN/NUNNER-WINKLER (1986).

_____. *Eine Art Schadensabwicklung*. Frankfurt/M., 1987.

_____. *Nachmetaphysisches Denken*. Frankfurt/M., 1988.

_____. "Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer: Rudolf Wiethölter", in *Kritische Justiz*, 22 (1989), 138-156.

_____. *Die nachholende Revolution*. Frankfurt/M., 1990.

_____. *Strukturwandel der Öffentlichkeit*. Frankfurt/M., 1990.

_____. *Erläuterungen zur Diskursethik*. Frankfurt/M., 1991 (a).

_____. *Texte und Kontexte*. Frankfurt/M., 1991 (b).

_____. *Vergangenheit als Zukunft*. Zurich, 1991 (c).

HABERMAS, J./FRIEDEBURG, L. v./OEHLER, Ch./WELTZ, F. *Student und Politik*. Neuwied, 1961.

HALL, St. (ed.). *Culture, Media, Language*. Londres, 1980.

_____. "Encoding and Decoding in TV-Discourse", in ID. (1980), 128-138.

HAMLIN, A./PETTIT, B. (eds.). *The Good Polity*. Oxford, 1989.

HANKISS, E. "The Loss of Responsibility", in MAC LEAN/MONTEFIORE/WINCH. (1990), 29-52.

HART, D. "Soziale Steuerung durch Vertragsabschlusskontrolle", in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, (1986).

HART, H. L. A. *Der Begriff des Rechts*. Frankfurt/M., 1973.

- _____. "Rawls on Liberty and its Priority", in DANIELS (1975), 230-252.
- HARTIG, A. I. "Das Bicentenaire – eine Auferstehung?", in *Merkur* (1989).
- HARTWICH, H. H. (ed.). *Macht und Ohnmacht politischer Institutionen*. Opladen, 1989.
- HASSEMER, W. "Juristische Hermeneutik", in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 72 (1986).
- _____. "Rechtsphilosophie, Rechtswissenschaft, Rechtspolitik", in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, cad. supl. 44 (1991), 130-143.
- HAYEK, F. A. v. *Die Verfassung der Freiheit*. Tübingen, 1971.
- HELD, D. *Models of Democracy*. Oxford, 1987.
- _____. *Political Theory and the Modern State*. Oxford, 1989.
- _____. "Citizenship and Autonomy", in ID. (1989), 214-242.
- _____. (ed.). *Political Theory Today*. Oxford, 1991.
- HELLER, H. *Gesammelte Schriften*. Leiden, 1971.
- _____. *Über die praktischen Aufgaben zeitgemässer Privatrechtstheorie*. Karlsruhe, 1975.
- _____. (Ed.). *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*. Baden-Baden, 1984, Frankfurt/M., 1985.
- _____. "Die neue Rundfunkordnung. Marktstruktur und Wettbewerbsbedingungen", in *Neue Juristische Wochenschrift*, cad. 47, (1987), 2961-2967.
- KUHLMANN, W. (ed.). *Moralität und Sittlichkeit*. Frankfurt/M. 1986.
- KUNIG, Ph. *Das Rechtsstaatsprinzip*. Tübingen, 1986.
- KURATORIUM FÜR EINEN DEMOKRATISCH VERFASSTEN BUND DEUTSCHER LÄNDER (ed.). *In freier Selbstbestimmung. Für eine gesamtdeutsche Verfassung mit Volksentscheid*. Berlin/Colônia/Leipzig, 1990. (Schriftenreihe der Heinrich-Böll-Stiftung, cad. 4, 1990).
- LAKER, Th. *Ziviler Ungehorsam*. Baden-Baden, 1986.
- LANGER C. *Reform nach Prinzipien. Zur politischen Theorie Immanuel Kants*. Stuttgart, 1986.
- LARMORE, Ch. *Patterns of Moral Complexity*. Cambridge, 1987.
- _____. "Political Liberalism", in *Political Theory*, 18 (1990).
- LEPENIES, W. *Mencholie und Gesellschaft*. Frankfurt/M., 1969.
- LEPSIUS, M. R. *Interessen, Ideen und Institutionen*. Opladen, 1990.
- _____. "Ethnos und Demos", in ID. (1990), 247-255.
- _____. "Der europäische Nationalstaat", in ID. (1990).
- LICHTENBERG, J. (ed.). *Democracy and the Mass Media*. Cambridge/Mass. 1990.

- LÖSCHE, P. "Anarchismus", in *Pipers Handbuch der Politischen Ideen*, vol. 4, Munique, 1986.
- LÖWITH, K. *Weltgeschichte und Heilsgeschichten*. Stuttgart, 1953.
- LÜDERSEN K. *Genesis und Geltung im Recht*. Frankfurt/M., 1993.
- _____. "Die Steuerungsfunktion des Gesetzes – Überformung oder Gegensteuerung zur Entwicklungstendenz einer Gesellschaft", in ID., (1992).
- LUHMANN, N. *Legitimation durch Verfahren*. Neuwied, 1969.
- _____. "Normen in soziologischer Perspektive", in *Soziale Welt*, 20 (1969).
- _____. *Ausdifferenzierung des Rechts*. Frankfurt/M., 1981.
- _____. *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*. Munique, 1981.
- _____. *Rechtssoziologie*. Opladen, 1983.
- _____. "Einige Probleme mit 'reflexivem' Recht", in *Zeitschrift für Rechtslehre*, 6 (1985).
- _____. *Die soziologische Beobachtung des Rechts*. Frankfurt/M., 1986.
- _____. *Ökologische Kommunikation*. Opladen, 1986.
- _____. "Intersubjektivität oder Kommunikation", in *Archivio di Filosofia*, vol. LIV, 1986.
- _____. "Politische Steuerung. Ein diskussionsbeitrag", in *Politische Vierteljahresschrift*, 30 (1989), 4-9.
- _____. *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, 3 vols., Frankfurt/M., 1990.
- _____. *Juristische Argumentation*. Manuscript, 1991.
- _____. *Beobachtungen der Moderne*. Colônia, 1992.
- MACCORMICK, N. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford, 1978.
- MACINTYRE, A. *Whose Justice? Which Rationality?*. Notre Dame/Ind., 1988.
- MACKINNON, C. A. *Towards a Feminist Theory of the State*. Cambridge/Mass., 1989.
- MACLEAN, J./MONTEFIORI, A./WINCH, P. (eds.). *The Political Responsibility of Intellectuals*. Cambridge, 1990.
- MACPHERSON, C. B. *Die politische Theorie des Besitzindividualismus*. Frankfurt/M., 1973.
- MAIER, Ch. S. (ed.). *Changing Boundaries of the Political*. Cambridge, 1987.
- MAIHOFFER, W. (ed.). *Begriff und Wesen des Rechts*. Darmstadt, 1973.
- MAIHOFFER, W./SPRENGER, G. (eds.). *Praktische Vernunft und Theorien der Gerechtigkeit. Vorträge des 15. IVR-Weltkongresses in Göttingen*. (1991), vol. 1, Stuttgart, 1993 (*Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 50).
- MANIN, B. "On Legitimacy and Political Deliberation", in *Political Theory*, 15 (1987).

MANSBRIDGE, J. "Self-Interest in Political Life", in *Political Theory*, 15 (1990), 132-153.

MARCH, J. G./OLSEN, J. P. "The New Institutionalism: Organizational Factors of Political Life", in *American Political Science Review*, 77 (1984), 734-749.

_____. "Popular Sovereignty and the Search for Appropriate Institutions", in *Journal of Public Policy*, 6 (1984), 341-370.

_____. *Rediscovering Institutions. The organisational Basis of Politics*. Nova Iorque, 1989.

MARKOW, W. *Die Jakobinerfrage heute*. Berlin, 1967.

MARSHALL, T. H. *Citizenship and Social Class*. Cambridge/Mass., 1950.

_____. *Class, Citizenship and Social Development*. Westport/Conn. 1973.

MARX, D. *Der 18. Brumaire des Louis Napoleon*. Berlin, 1953.

MASHAW, J. L. *Due Process in the Administrative State*. New Haven, 1985.

MAUS, I. "Entwicklung und funktionswandel des bürgerlichen Rechtsstaates", in TOHIDIPUR (1978), vol. 1.

_____. *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus*. Munique, 1980.

_____. *Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus*. Munique, 1986.

_____. "Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats", in ID. (1986); cf. também in GÖHLER (1987).

_____. "Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen", in ID. (1986), 277-331.

_____. "Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts", in *Rechtstheorie*, 20, (1989), 191-210.

_____. "Zur Theorie der Institutionalisierung bei Kant", in GÖHLER et al. (eds.), (1990).

_____. *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*. Frankfurt/M., 1992.

_____. "Basisdemokratische Aktivitäten und rechtsstaatliche Verfassung", in KREUDER, (1992), 99-116.

MAYNTZ, R. (ed.). *Implementation politischer Programme II*. Opladen, 1983.

_____. "Steuerung, Steuerungsakte, Steuerungsinstrumente", in *Hi-Mon*, cad. 70, Gesamthochschule Siegen, 1986.

MCCARTHY, J. E. "Semiotic Idealism", in *Transactions of the Ch. S. Peirce Society*, vol. 20, 1984.

MENKE-EGGERS, Ch. *Die Souveränität der Kunst*. Frankfurt/M., 1988.

MERRY, H. J. *Five Branch Government*. Urbana/Ill., 1980.

MESTMÄCKER, E. J. "Der Kampf ums Recht in der offenen Gesellschaft", in *Rechtstheorie*, 20 (1989), 273-288.

_____. "Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts", in *Rechtshistorisches Journal*, 10 (1991), 177-184.

MICHELMAN, F. I. "The Supreme Court 1985 Term, Foreword", in *Harvard Law Review*, 100 (1986), 4-77.

_____. "Justification (and Justifiability) of Law", in *Nomos*, vol. XVIII (1986).

_____. "Justification and the Justifiability of Law in a contradictory World", in *Nomos*, vol. XVIII (1986).

_____. "Political Truth and the Rule of Law", in *Tel Aviv University Studies in Law*, 8 (1988).

_____. "Law's Republic", in *The Yale Law Journal*, vol. 97 (1988).

_____. "Bringing the Law to Life", in *Cornell Law Review*, 74 (1989).

_____. "Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: The Case of Pornography Regulation", in *Tennessee Law Review*, 56 (1989).

_____. "Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: Voting Rights", in *Florida Law Review*, 41 (1989), 443-490.

MILLAR, J. *Vom Ursprung des Unterschieds in den Rangordnungen und Ständen der Gesellschaft*. Frankfurt/M., 1967.

MILLER, D. "The Ethical Significance of Nationality", in *Ethics*, 98 (1988).

MINDA, G. "The Jurisprudential Movements of the 1980s", in *Ohio State Law Journal*, 50 (1989), 599-662.

MINOW, M. *Making all the Difference. Inclusion, Exclusion and American Law*. Ithaca, 1990.

MOON, J. D. "Constrained Discourse and Public Life", in *Political Theory*, 19 (1991), 202-229.

MORLEY, D. *Family Television*. Londres, 1988.

MÜNCH, R. *Theorie des Handelns*. Frankfurt/M., 1982.

_____. "Die sprachlose Systemtheorie", in *Zeitschrift für Rechtstheorie*, 6 (1985).

_____. *Die Kultur der Moderne*. 2 Vols, Frankfurt/M., 1985.

NAUKE, W. *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*. Stuttgart, 1985.

_____. "Versuch über den aktuellen Stil des Rechts", in *Schriften der H. Ehlers-Akademie*, 19 (1986).

NEG, O./MOHL, E. Th. "Marx und Engels – der unaufgehobene Widerspruch von Theorie und Praxis", in *Pipers Handbuch der Politischen Ideen*, vol. 4, Munique, 1986.

NEUMANN, U. *Juristische Argumentationslehre*. Darmstadt, 1986.

_____. "Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?", in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 103 (1991), 331-356.

OFFE C. *Contradictions of the Welfare State*. Londres, 1984.

_____. "Challenging the Boundaries of Institutional Politics: Social Movements since the 1960s", in MAIER (1987), 63-106.

_____. "Bindung, Fessel, Bremse", in HONNETH *et al.* (1989).

OFFE C./PREUSS U. K. "Democratic Institutions and Moral Resources", in HELD (1991).

OGOREK R. *Richterkönig oder Subsumptionsautomat. Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*. Munique, 1986.

PAPIER H. J. *Eigentumsgarantie des Grundgesetzes im Wandel*. Heidelberg, 1984.

Parsons T. *Sociological Theory and Modern Society*. Nova Iorque, 1967.

_____. "On the Concept of Influence", in ID. (1967), 355-382.

_____. *The System of Modern Societies*. Englewood Cliffs, 1971.

PARSONS T./SHILS E. *Toward a General Theory of Action*. Nova Iorque, 1951

PARSONS, T./BALES, R. F./SHILS, E. *Working Papers in the Theory of Action*. Nova Iorque, 1953.

PATEMAN, D. *The Problem of Political Obligation*. Oxford, 1979.

PEIRCE, Ch. S. *Collected Papers*, Vol. I-VIII, Cambridge/Mass., 1966.

PERRY, M. J. *Morality, Politics and Law*. Oxford, 1988.

PETERS, B. *Rationalität, Recht und Gesellschaft*. Frankfurt/M., 1991.

_____. *Die Integration moderner Gesellschaften*. Frankfurt/M., 1993.

PITKIN, H. "Justice. On Relating Private and Public", in *Political Theory*, 9 (1981).

POCOCK, J. G. A. *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*. Princeton, 1975.

_____. "Virtues, Rights, and Manners", in *Political Theory*, 9 (1981), 353-368.

POPITZ, H. *Die normative Konstruktion von Gesellschaft*. Tübingen, 1980.

POSPOSIL, L. *Anthropologie des Rechts*. Munique, 1982.

PREUSS, U. K. *Legalität und Pluralismus*. Frankfurt/M., 1973.

_____. *Die Internalisierung des Subjekts*. Frankfurt/M., 1979.

_____. "Was heisst radikale Demokratie heute?", in *Forum für Philosophie Bad Homburg*, (1989), 37-67.

_____. *Revolution, Fortschritt und Verfassung. Zu einem neuen Verfassungsverständnis*. Berlin, 1990.

_____. "Verfassungstheoretische Überlegungen zur normativen Begründung des Wohlfahrtsstaates", in SACHSE *et al.* (1990).

PUCHTA, G. F. *Cursus der Institutionen*. Leipzig, 1865.

PUHLE, H. J. "Die Anfänge des politischen Konservatismus in Deutschland", in *Pipers Handbuch der Politischen Ideen*, vol. 4, Munique, 1986.

PUTNAM, H. "Why Reason can't be naturalized", in *Synthese*, 52 (1982), 1-23.

_____. *Vernunft, Wahrheit und Geschichte*. Frankfurt/M., 1982.

RAISER, L. *Die Zukunft des Privatrechts*. Berlin, 1971.

_____. *Die Aufgabe des Privatrechts*. Frankfurt/M., 1977.

_____. "Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht", in ID. (1977).

RAISER, Th. *Rechtssoziologie*. Frankfurt/M., 1987.

RAMM, Th. (ed.). *Arbeitsrecht und Politik*. Frankfurt/M., 1985.

RASCHKE, J. *Soziale Bewegungen*. Frankfurt/M., 1985.

RAWLS, J. "Justice as Fairness: Political not Metaphysical", in *Philosophical and Public Affairs*, vol. 14 (1985).

_____. *Theorie der Gerechtigkeit*. Frankfurt/M., 1975.

_____. "Kantian Constructivism in Moral Theory", in *Journal of Philosophy*, vol. 77 (1980), 515-572.

_____. *The Tanner Lectures on Human Values 1982* (ed. por St. McMurrin), Salt Lake City, 1983.

_____. "The basic Liberties and their Priorities", in ID. (1983).

_____. *The Domain of the Political and Overlapping Consensus*. Manuscript, 1989.

_____. *Die Idee des politischen Liberalismus*. Frankfurt/M., 1992.

REGH, W. *Insight and Solidarity. The Idea of a discourse Ethics*. Dissertação filosófica, Northwestern University, Evanston, 1991.

_____. "Discourse and the Moral Point of View: Deriving a Dialogical Principle of Universalization", in *Inquiry*, 34 (1991), 27-48.

REHBINDER, E. "Reflexives Recht und Praxis", in *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, vol. XII (1988), 109-129.

RICHARDS, D. A. J. "Moral Philosophie and the Search for Fundamental Values in Constitutional Law", in *Ohio State Law Journal*, 42 (1981).

RIDDER, H. *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*. Opladen, 1975.

RITTER, J. *Metaphysik und Politik*. Frankfurt/M., 1969.

RÖDEL, U. (ed.). *Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie*. Frankfurt/M., 1990.

RÖDEL, U./FRANKENBERG G./DUBIEL H. *Die demokratische Frage*. Frankfurt/M., 1989.

ROHDE, D. L. *Justice and Gender*. Cambridge/Mass., 1989.

ROLKE, L. *Protestbewegungen in der Bundesrepublik*. Opladen, 1987.

RONIGER, L. "Conditions for the Consolidation of Democracy in Southern Europe and Latin America", in EISENSTADT (1992), 53-68.

RORTY, R. *Solidarität oder Objektivität*. Stuttgart, 1988.

_____. "Der Vorrang der Demokratie vor der Philosophie", in ID. (1988).

ROSENBLUM, N. (ed.). *Liberalism and the Moral Life*. Cambridge/Mass., 1989.

ROUSSEAU, J.-J. *Contrat Social III* (em alemão: *Staat und Gesellschaft*, Munique, 1959).

RYCE, J. *The Spirit of Modern Philosophy*. Boston, 1892.

RUPP, H. H. "Vom Wandel der Grundrechte", in *Archiv des öffentlichen Rechts* (1976).

RÜSEN, J. et al. (eds.). *Die Zukunft der Aufklärung*. Frankfurt/M. 1988.

RÜTHERS, B. *Die unbegrenzte Auslegung*. Frankfurt/M., 1973.

SACHSSE, Ch. et al. (eds.). *Sicherheit und Freiheit*, Frankfurt/M., 1990.

SALGO, R. "Soll die Zuständigkeit des Familiengerichts erweitert werden?", in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 31 (1984).

SAVIGNY, F. C. von. *System des heutigen Römischen Rechts*. Berlin, 1840.

SCHARPF, F. W. *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung*. Constanza, 1970.

_____. "Verhandlungssysteme, Verteilungskonflikte und Pathologien der politischen Steuerung", in *Politische Vierteljahresschrift*, 19 (1989), 61-67.

_____. "Politische Steuerung und politische Institution", in *Politische Vierteljahresschrift*, 30 (1989), 10-21.

_____. "Politische Steuerung und politische Institution", in HARTWICH, (1989), 17-29.

SCHATTSCHEIDER, E. E. *The Semisovereign People*. Nova Iorque, 1960.

SCHEIT, H. *Wahrheit – Demokratie – Diskurs*. Friburgo, 1987.

SCHELLING, Th. *Micromotives and Macrobehavior*. Nova Iorque, 1978.

SHCHELSKY, H. *Die Soziologen und das Recht*. Opladen, 1980.

SCHLOSSER, H. *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte*. Heidelberg, 1982.

SCHLUCHTER, W. *Die Entwicklung des okzidentalen Rationalismus*. Tübingen, 1979.

_____. *Religion und Lebensführung*. Frankfurt/M., 1988.

_____. "Beiträge zur Werttheorie", in ID. (1988).

SCHMIDT, E. "Von der Privat- zur Sozialautonomie", in *Juristenzeitung*, 35 (1980).

SCHMIDT, J. "Zur Funktion der subjektiven Rechte", in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 57 (1971), 383-396.

SCHMIDT, W. *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*. Munique, 1982.

SCHMIDT-ASSMANN, E. "Der Rechtsstaat", in ISENSEE/KIRCHHOFF (1987).

SCHMITT, C. *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*. Berlin, 1926.

_____. *Verfassungslehre*, Berlin, 1928.

_____. *Der Hüter der Verfassung*. Tübingen, 1931.

_____. *Über drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. Hamburg, 1934.

SCHNÄDELBACH, H. "Was ist Neoaristotelismus?", in KUHLMANN (1986).

SCHNUR, R. (ed.). *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*. Darmstadt, 1964.

SCHULIN, D. *Die Französische Revolution*. Munique, 1988.

SCHUMPETER, J. A. *Kapitalismus, sozialismus und Demokratie*. Berna, 1950.

SCHÜSSLER-FIORENZA, F. "Die Kirche als Interpretationsgemeinschaft", in AHRENS (1989), 115-144.

SEM, A. "Rational Fools", in *Philosophie and Public Affairs*, 6 (1977).

SHUCK, P. H./SMITH, R. M. *Citizenship without Consent*. New Haven, 1985.

SHUE, H. "Mediating Duties", in *Ethics*, 98 (1988), 687-704.

SIMITIS, S. "Zur Verrechtlichung der Arbeitsbeziehungen", in KÜBLER (1984), 73-166.

_____. "Selbstbestimmung: Illusorisches Projekt oder reale Chance?", in RÜSEN et al. (1988).

_____. "Wiederentdeckung des Individuums und arbeitsrechtliche Normen", in *Sinzheimer Cahiers*, 2 (1991), 7-42.

SIMON, H. "Rational Decision Making in Business Organizations", in *Models of Bounded Rationality*, vol. 2, Cambridge/Mass., 1982.

SMART, C. *Feminism and the Power of Law*. Londres., 1989.

SMITH, T. *The Role of Ethics in Social Theory*. Albany/Nova Iorque, 1991.

STARCK, Ch. (ed.). *Die Allgemeinheit des Gesetzes*. Göttingen, 1987.

STAROBINSKY, J. 1789 – *Die Embleme der Vernunft*. Munique, 1988.

STEINER, H. J. *Moral Argument and Social Vision*. Madison/Wisc., 1987.

SUHR, D. "Staat – Gesellschaft – Verfassung", in *Der Staat*, 17 (1978).

- SUMMERS, R. S. *Instrumentalism and American Legal Theory*. Ithaca, 1982.
- _____. *Lon Fuller*, Standord, 1984.
- SUNSTEIN, C. R. "Interest Groups in American Public Law", in *Stanford Law Review*, 38 (1985).
- _____. *After the Rights Revolution*. Cambridge/Mass., 1990.
- TAYLOR, Ch. *Negative Freiheit?*. Frankfurt/M. 1988.
- _____. "Legitimationskrise", in ID. (1988).
- _____. "Was ist menschliches Handeln?", in ID. (1988).
- _____. *Sources of the Self*. Cambridge/Mass., 1989.
- _____. "The Liberal-Communitarian Debate", in ROSENBLUM (1989).
- TEUBNER, G. "Reflexives Recht", in *Archiv für Rechts- u. Sozialphilosophie*, 68 (1982).
- _____. "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", in *Law and Society Review* (1983).
- _____. "Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege", in KÜBLER (1984). 289-344.
- _____. (Ed.). *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin, 1986.
- _____. (Ed.). *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Berlin, 1988.
- _____. *Recht als autopoietisches System*. Frankfurt/M., 1989.
- _____. "Regulatorisches Recht: Chronik eines angekündigten Todes", in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 54 (1990), 140-161.
- _____. "Die Episteme des Rechts", in GRIMM (1990).
- THADDEN, R. v. "Die Botschaft der Brüderlichkeit", in *Süddeutsche Zeitung* (26/11/1988).
- THOMPSON, J. B. *Ideology and Modern Culture*. Cambridge, 1990.
- TOHIDIPUR, M. (ed.). *Der bürgerliche Rechtsstaat I*. Frankfurt/M., 1978.
- TOULMIN, St. *Der Gebrauch von Argumenten*. Kronberg, 1975.
- TOULMIN, St./RIEKE, R./JANIK, A. *An Introduction to Reasoning*. Nova Iorque, 1979.
- TRIBE, L. H. "The Puzzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories", in *Yale Law Journal*, 89 (1980), 1063-1080.
- TRUBEK, D. M./ESSER, J. P. "Critical Empiricism and American Critical Legal Studies", in JOERGES/TRUBEK (1989).
- TUGENDHAT, E. *Einführung in die sprachanalytische Philosophie*. Frankfurt/M., 1976.
- _____. *Selbstbewusstsein und Selbstbestimmung*. Frankfurt/M., 1979.
- TUORI, K. "Discourse Ethics and the Legimacy of Law", in *Ratio Juris*, 2 (1989), 125-143.
- TURNER, B. S. *Citizenship and Capitalism*. Londres, 1986.
- UNGER, R. M. *Law and Society*. Nova Iorque, 1976.
- _____. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge/Mass., 1986.
- VARAIN, H. J. "Die Bedeutung des Mehrheitsprinzips", in GUGGENBERGER/OFFE (1984).
- VOIGT, R. (ed.). *Abschied vom Recht?*. Frankfurt/M., 1983.
- VOLLRATH, E. *Die Rekonstruktion der politischen Urteilstkraft*. Stuttgart, 1977.
- WALZER, M. *Spheres of Justice*. Nova Iorque, 1983.
- _____. "The Communitarian Critique of Liberalism", in *Political Theory*, 18 (1990).
- WEBER, M. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Colônia, 1956 (1964).
- _____. *Rechtssoziologie* (ed. por WINCKELMANN, J.). Neuwied, 1960.
- _____. *Methodologische Schriften*. Frankfurt/M., 1968.
- _____. "Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie", in ID. (1968).
- WEBER, W. *Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem*. Stuttgart, 1951.
- WEINBERGER, O. "Der Streit um die praktische Vernunft", in MAIHOFER/SPRENGER (1993), 29-47.
- WELLMER, A. *Ethic und Dialog*. Frankfurt/M., 1986.
- _____. "Models of Freedom in the Modern World", in *The Philosophical Forum XXI* (1989/90), 227-252.
- _____. "Konsens als Telos sprachlicher Kommunikation?", in GIGEL, H. J. (1992), 18-30.
- WESEL, U. *Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften*. Frankfurt/M., 1985.
- WESTBROOK, R. B. *John Dewey and American Democracy*. Ithaca, 1991.
- WIEACKER, F. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. Göttingen, 1967.
- _____. *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*. Frankfurt/M., 1974.
- _____. "Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft", in ID. (1974).
- WIETHÖLTER, R. "Proceduralization of the Category of Law", in JOERGES/TRUBEK (1989), 501-510.
- _____. "Ist unserem Recht der Prozess zu machen?", in HONNETH et al. (1989), 794-812.

WILKE, H. *Ironie des Staates*. Frankfurt/M., 1992.
 WINDSCHEID, B. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Frankfurt/M., 1906.
 WINGERT, L. *Gemeinsinn und Moral*. Frankfurt/M., 1906.
 WINZELER, R. *Die politischen Rechte des Aktivbürgers nach schweizerischem Bundesrecht*. Berna, 1983.
 WROBLEWSKY, J. "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision", in *Rechtstheorie*, 5 (1974).
 YOUNG, I. M. *Justice and the Politics of Difference*. Princeton, 1990.
 ZACHER, H. F. "Verrechtlichung im Bereich des Sozialen", in KÜBLER (1984), 14-72.

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Aarnio, A. Vol. I, 285-286
 Abendroth, W. Vol. II, 206ss.
 Ackerman, B. Vol. I, 344; Vol. II, 34ss.
 Alexy, R. Vol. I, 253, 258, 286-287, 291, 301, 315, 318, 321; Vol. II, 135, 137, 140, 154, 203, 211, 322
 Althusser, L. Vol. I; 71
 Altman, A. Vol. I, 266; Vol. II, 228
 Amnesty International. Vol. II, 95
 Apel, K.-O. Vol. I, 10, 32, 90, 282; Vol. II, 50, 215ss.
 Arato, A. Vol. II, 99ss., 101ss., 109, 118
 Arendt, H. Vol. I, 148, 186ss., 191, 333; Vol. II, 20, 102, 270, 272, 297
 Arens, P. Vol. I, 294-295; Vol. II, 97
 Aristoteles. Vol. I, 17, 26, 67, 69, 129-130, 247, 331, 343; Vol. II, 42, 193, 265, 286, 315
 Arnaud, A. J. Vol. I, 280
 Aron, R. Vol. II, 291
 Assmann, H. D. Vol. II, 126
 Atiyah, P. S. Vol. II, 133
 Austin, J. Vol. II, 229, 233

 Bachrach, B. Vol. II, 60
 Bales, R. F. Vol. I, 176
 Barbalet, M. Vol. I, 54; Vol. II, 296
 Bataille, G. Vol. I, 43
 Baynes, K. Vol. I, 83
 Beck, U. Vol. II, 176
 Becker, W. Vol. II, 12
 Beiner, R. Vol. I, 201; Vol. II, 350
 Benhabib, S. Vol. I, 70; Vol. II, 34, 39, 167

 Benjamin, W. Vol. I, 43; Vol. II, 255, 277
 Bernbach, U. Vol. II, 57
 Bernstein, E. Vol. II, 266
 Bernstein, R. Vol. I, 89
 Bethge, H. Vol. II, 141
 Bibo, I. Vol. II, 104
 Blankenagel, A. Vol. I, 347
 Blühdorn, J. Vol. II, 241
 Blumler, G. Vol. II, 111, 112
 Bobbio, N. Vol. II, 26, 42, 59, 100
 Böckenförde, E. W. Vol. I, 114, 172, 218, 304, 306, 309, 310, 311, 312, 316, 320, 325; Vol. II, 158
 Bodin, J. Vol. II, 23
 Böhm, F. Vol. II, 132
 Bonald, L. G. A. de. Vol. II, 275
 Boyle, J. Vol. I, 265
 Brest, P. Vol. I, 319, 329
 Brüggemeier, G. Vol. II, 149
 Brumlik, M. Vol. II, 323
 Brunkhorst, H. Vol. II, 51, 277, 323
 Bubner, R. Vol. I, 11
 Buchanan, A. E. Vol. I, 83
 Büchner, G. Vol. II, 257
 Burke, E. Vol. II, 275

 Calhoun, C. Vol. I, 32, 98
 Carens, J. H. Vol. II, 301, 304
 Cobb, R. Vol. II, 113
 Cochin, Vol. II, 257
 Cohen, J. Vol. II, 28ss., 100, 101, 103ss., 109, 118
 Coing, H. Vol. I, 119, 122; Vol. II, 241
 Condorcet. Vol. I, 69
 Connolly, W. E. Vol. II, 30

- Cortes, D. Vol. II, 267
 Czybulka, R. Vol. I, 240
- Dahl, R. Vol. II, 10, 42ss., 48, 49
 Daniels, N. Vol. I, 114
 Danton. Vol. II, 257
 Denninger, E. Vol. I, 195, 216, 304, 308, 309, 311, 312, 321; Vol. II, 211
 Derrida, J. Vol. I, 11, 261
 Deutsch, K. Vol. II, 47
 Dewey, J. Vol. I, 214; Vol. II, 28, 43
 Dilthey, W. Vol. I, 130
 Dippel, H. Vol. II, 264
 Döbert, R. Vol. I, 99
 Downs, A. Vol. II, 62
 Dreier, R. Vol. I, 50-51, 244, 253; Vol. II, 118, 247
 Droysen, J. G. Vol. I, 130
 Dryzek, J. S. Vol. II, 99
 Dubiel, H. Vol. II, 118, 188, 277
 Durkheim, É. Vol. I, 43, 45, 94, 104, 255
 Dworkin, R. Vol. II, 117, 203, 218, 229, 245
- Edelstein, W. Vol. II, 215
 Eder, K. Vol. I, 99, 180; Vol. II, 236
 Eisenstadt, S. N. Vol. II, 100
 Elder, Ch. Vol. II, 113
 Ellscheid, G. Vol. I, 249
 Elster, J. Vol. I, 207, 208; Vol. II, 35, 58, 66, 85
 Ely, J. H. Vol. I, 319, 327, 328, 340; Vol. II, 220
 Engels, F. Vol. II, 265
 Enneccerus, L. Vol. I, 118
 Esser, J. Vol. I, 248, 265; Vol. II, 245
 Euchner, W. Vol. I, 67
 Ewald, F. Vol. I, 110
- Faber, H. Vol. II, 175
 Ferguson, A. Vol. I, 67
 Fetscher, I. Vol. I, 67
 Fiss, O. Vol. I, 279
 Forst, R. Vol. I, 14, 148
- Forsthoff, E. Vol. I, 220; Vol. II, 175, 207, 208
 Foucault, M. Vol. I, 71; Vol. II, 108
 Fraenkel, E. Vol. I, 226, 231
 Frankenberg, G. Vol. I, 14, 224, 269; Vol. II, 118, 188
 Frankfurt, H. Vol. I, 319
 Fraser, N. Vol. II, 32, 39, 41
 Frege, G. Vol. I, 27-30, 55
 Friedeburg, L. v. Vol. II, 175
 Friedman, L. M. Vol. II, 131, 133
 Fröbel, J. Vol. II, 261, 271
 Fuller, L. Vol. I, 183, 273; Vol. II, 207, 229
 Furet, F. Vol. II, 249, 253, 257
- Gadamer, H. -G. Vol. I, 201, 247, 260, 320
 Gaulle, Ch. de. Vol. II, 291
 Gehlen, A. Vol. I, 18, 42; Vol. II, 279
 Gerber, C. F. W. v. Vol. II, 242
 Gerhards, J. Vol. II, 94, 108
 Giddens A. Vol. I, 108
 Giegel, H. J. Vol. I, 35, 46
 Glotz, P. Vol. II, 280
 Glusy, Ch. Vol. I, 224
 Göhler, G. Vol. I, 235; Vol. II, 153, 209
 Görlitz, A. Vol. II, 194
 Goodin, R. Vol. II, 300
 Goodman, D. Vol. II, 99
 Gordon, R. W. Vol. II, 227
 Gramsci, A. Vol. II, 100
 Grawert, R. Vol. II, 286
 Greenpeace. Vol. II, 95
 Grefrath, M. Vol. II, 277
 Grimm, D. Vol. I, 78, 218, 304, 310, 313; Vol. II, 126, 170-174, 176, 177, 185
 Günther, K. Vol. I, 9, 14, 125, 144, 155, 203, 258, 269, 270, 271, 272, 275, 278, 287, 290, 293, 321; Vol. II, 170-172, 180, 217, 246, 280
 Guggenberger, G. Vol. I, 229
 Gunsteren, H. R. van. Vol. II, 303
 Gurevitch, M. Vol. II, 111, 112
- Habermas, J. Vol. I, 10, 12, 19, 21, 23, 31, 35, 41, 43, 82, 84, 92, 100, 101, 112, 130, 144, 180, 182, 186, 200, 209, 219, 229, 230, 275, 283, 286, 318, 345; Vol. II, 33, 37, 38, 52, 69, 71, 79, 95, 97, 98, 105, 108, 148, 156, 175, 184, 188, 197, 215, 236, 247, 254, 269, 272, 317, 320-322
 Häberle, P. Vol. I, 278, 307, 347; Vol. II, 150
 Hall, St. Vol. II, 111
 Hamlin, A. Vol. II, 18
 Hankiss, E. Vol. II, 102
 Harrington, J. Vol. I, 331
 Hart, D. Vol. II, 142, 149
 Hart, H. L. A. Vol. I, 114, 183, 250, 251, 258; Vol. II, 202
 Hartig, A. I. Vol. II, 250
 Hartmann, N. Vol. I, 315
 Hartwich, H. H. Vol. II, 57
 Hassemer, W. Vol. I, 9, 248, 249
 Hayek, F. A. v. Vol. I, 192
 Hegel, G. W. E. Vol. I, 9, 17, 19, 26, 27, 66-69, 83, 85, 93, 104; Vol. II, 74, 82, 99, 265
 Heidegger, M. Vol. I, 130
 Held, D. Vol. I 108; Vol. II, 18, 66, 70, 72
 Heller, H. Vol. II, 201, 242
 Hellesnes, J. Vol. I, 214
 Herberger, M. Vol. I, 271
 Hesse, K. Vol. I, 216, 303, 304; Vol. II, 133, 136, 286
 Hilgartner, St. Vol. II, 114
 Hilpinen, R. Vol. I, 280
 Hirsch, J. Vol. II, 177
 Hobbes Th. Vol. I, 46, 48, 66, 68, 123-125, 163, 175, 230; Vol. II, 15, 78, 199, 201, 239, 309
 Höffe, O. Vol. I, 11, 125, 145; Vol. II, 316
 Hoerster, N. Vol. I, 233, 253
 Hofmann, H. Vol. II, 175
 Holmes, St. Vol. II, 35
 Honneth, A. Vol. II, 63, 126, 168, 323
- Hoy, D. C. Vol. I, 261
 Huber, E. R. Vol. II, 208
 Huber, H. Vol. I, 307, 316
 Humboldt, A. Vol. I, 31
 Husserl, E. Vol. I, 25, 27, 30, 41, 71; Vol. II, 78
 Hylland, A. Vol. II, 66
- Ihering, R. V. Vol. I, 117; Vol. II, 196
 Isensee, J. Vol. I, 216; Vol. II, 286
- Janik, A. Vol. I, 262, 280
 Jefferson, Th. Vol. I, 90
 Jellinek, G. Vol. II, 150
 Joerges, Ch. Vol. I, 265; Vol. II, 140, 150, 174
 Johnson, J. Vol. II, 69
 Jung, H. Vol. I, 9
- Kaase, M. Vol. II, 110
 Kaase, P. W. Vol. I, 331
 Kahn-Freund, O. Vol. II, 124
 Kallscheuer, O. Vol. II, 266
 Kant, I. Vol. I, 9, 12, 27, 48, 49, 53, 67, 83, 86, 95, 114, 117, 122, 123, 126ss., 134ss., 140, 147, 157, 160, 167, 175, 187, 197, 205, 214, 236, 252, 286, 290, 311; Vol. II, 71, 135, 193, 201, 213, 217, 239ss., 244, 259, 265, 282, 284, 304, 309, 315
 Kaufmann, A. Vol. I, 288; Vol. II, 245
 Keane, J. Vol. II, 100, 112
 Kelsen, H. Vol. I, 118, 119, 250, 301, 302; Vol. II, 207, 229, 233
 Kersting, W. Vol. II, 240
 Kennedy, D. Vol. I, 268
 Kettner, M. Vol. I, 10
 Kielmannsegg, P. Vol. II, 291
 Kierkegaard, S. Vol. I, 129
 Kirchhoff, P. Vol. I, 216, 286
 Kleger, H. Vol. II, 277
 Knell, S. Vol. II, 324
 Knieper, R. Vol. II, 188
 Koch, H. J. Vol. I, 167
 Köndgen, J. Vol. II, 140, 143

- Kohlberg, L. Vol. I, 99; Vol. II, 215, 235
 Koller, P. Vol. I, 156
 Koselleck, R. Vol. II, 234
 Koslowski, P. Vol. I, 83
 Kress, K. J. Vol. I, 273
 Kreuder, Th. Vol. II, 186
 Kriele, M. Vol. I, 173, 198, 216; Vol. II, 228, 229
 Kuhlmann, W. Vol. II, 213
 Kübler, F. Vol. II, 76, 128-130, 152, 156, 186, 194
 Kuhn Th. Vol. I, 343
 Kunig, Ph. Vol. I, 217
- Laband, P. Vol. II, 242
 Laker, Th. Vol. II, 118
 Langer, C. Vol. I, 175
 Larmore, Ch. Vol. II, 317, 318
 Lazarsfeld, P. Vol. II, 111
 Lefort, C. Vol. II, 188
 Leibniz, G. W. Vol. I, 14
 Leiris, M. Vol. I, 43
 Lenin, W. I. Vol. II, 265, 276
 Lepenies, W. Vol. I, 70
 Lepsius, M. R. Vol. II, 281, 284, 292
 Lévy-Strauss, C. Vol. I, 71
 Lichtenberg, J. Vol. II, 112
 Lösche, P. Vol. II, 267
 Locke, J. Vol. I, 67, 335; Vol. II, 18, 259, 286, 315
 Löwith, K. Vol. I, 69
 Lübke, H. Vol. II, 257
 Lüderssen, K. Vol. II, 55
 Luhmann, N. Vol. I, 11, 23, 72, 74, 75, 82, 101, 118, 242; Vol. II, 63, 64, 72, 222-227, 233, 268, 319
- Machiavelli, N. Vol. I, 175, 331
 MacCormick, N. Vol. I, 244
 MacIntyre, A. Vol. I, 201; Vol. II, 39
 MacKinnon, C. A. Vol. II, 161, 166, 167
 MacLean, J. Vol. II, 102
 MacPherson, C. b. Vol. I, 67; Vol. II, 199
 Maestre de. Vol. II, 275
- Maier, Ch. Vol. II, 117
 Maihofer, W. Vol. I, 288; Vol. II, 243
 Mansbridge, J. Vol. II, 62
 Marat, J. P. Vol. II, 264
 March, J. G. I, 57
 Marin, B. Vol. I, 345
 Markow, W. Vol. II, 249
 Marshall Th. Vol. I, 108; Vol. II, 293
 Marx, K. Vol. I, 12, 67-60, 83, 231, 310; Vol. II, 51, 99, 199, 264, 265, 276
 Mashaw, J. L. Vol. I, 233, 237, 238
 Maus I. Vol. I, 14, 172, 192, 236, 237, 306, 315, 322, 324; Vol. II, 24, 153, 186, 207, 209, 242, 280
 Mayntz, R. Vol. I, 77
 McCarthy, J. E. Vol. I, 32
 McCarthy, Th. Vol. I, 15
 McMurrin, St. Vol. I, 114
 Mead, G. H. Vol. I, 203; Vol. II, 63, 215
 Menke-Eggers, Ch. Vol. II, 278
 Mestmäcker, E. J. Vol. II, 147
 Merry, H. J. Vol. II, 87
 Michelman, F. Vol. I, 121, 133, 245, 277, 278, 330ss., 344ss.; Vol. II, 220, 229
 Mill, J. St. Vol. I, 214; Vol. II, 260
 Millar, J. Vol. I, 67
 Minda, G. Vol. I, 265
 Minow, M. Vol. II, 168
 Mohl, E. Th. Vol. I, 172; Vol. II, 242, 265
 Montefiori, A. Vol. II, 102
 Moon, J. D. Vol. II, 34, 40
 Moore, G. E. Vol. I, 27
 Morley D. Vol. II, 111
 Miller, D. Vol. II, 302
 Müller, R. Vol. II, 277
 Münch, R. Vol. I, 77, 110
 Münkler, H. Vol. I, 67
- Naucke, W. Vol. I, 220; Vol. II, 205
 Naumann, F. Vol. II, 266
 Negt, O. Vol. II, 265
 Neidhardt, F. Vol. II, 94, 108
- Neumann, U. Vol. I, 248, 274, 288, 289; Vol. II, 175, 245
 Nietzsche, F. Vol. I, 19
 Nunner-Winkler, G. Vol. II, 215
- Oehler, Ch. Vol. II, 175
 Offe, K. Vol. I, 224; Vol. II, 63, 72, 117, 208
 Ogorek, R. Vol. II, 204
 Olson, J. P. Vol. II, 57
 O'Neill, O. Vol. II, 320
- Paine, Th. Vol. I, 67
 Papier, H. J. Vol. II, 141
 Parsons, T. Vol. I, 7, 45, 66, 94, 102-110, 176, 177, 182, 277; Vol. II, 47, 95
 Pateman, C. Vol. I, 348
 Peirce, Ch. S. Vol. I, 27, 31-34, 37, 55, 282
 Perelmann, Ch. Vol. I, 286
 Perry, J. Vol. I, 319, 320, 349
 Peters, B. Vol. I, 14, 23, 65, 94, 254; Vol. II, 46, 51, 53, 58, 86, 88, 89, 178
 Pettit, B. Vol. II, 28
 Piaget, J. Vol. I, 99
 Pitkin, H. Vol. I, 348
 Platão. Vol. I, 30, 55, 140, 141
 Pocock, J. G. A. Vol. I, 331
 Popper, K. Vol. I, 30
 Pospisil, L. Vol. I, 179, 235
 Preuss, U. Vol. I, 307; Vol. II, 72, 126, 158, 189, 212, 274
 Puchta, G. F. Vol. I, 116, 243
 Puhle, H. J. Vol. II, 275
 Putnam, H. Vol. I, 56, 57
- Raiser, L. Vol. I, 120, 121, 179; Vol. II, 129, 132, 135, 137
 Ramm, Th. Vol. II, 124
 Raschke, J. Vol. II, 115
 Rawls, J. Vol. I, 66, 83, 84-88, 99, 110, 114, 197, 223, 252; Vol. II, 19, 37, 117, 215, 301, 309, 311
 Regelsberger, Vol. I, 117
 Rehinder, E. Vol. II, 148
 Regh, W. Vol. I, 144
- Renan, E. Vol. II, 283
 Rhode, D. L. Vol. II, 161-167, 170
 Ricardo D. Vol. I, 68, 83
 Richards, D. A. J. Vol. I, 329
 Ridder, H. Vol. I, 307
 Ridet, D. Vol. II, 249
 Rieke, R. Vol. I, 262, 280
 Ritter, J. Vol. I, 332; Vol. II, 241
 Robespierre, M. de. Vol. II, 275
 Rödel, U. Vol. I, 224; Vol. II, 118, 188
 Rogers, J. Vol. II, 30
 Rolke, L. Vol. II, 115
 Roniger, L. Vol. II, 100
 Rorty, R. Vol. I, 57, 89
 Rosenblum, N. Vol. I, 229; Vol. II, 34, 287
 Ross, J. K. Vol. II, 113
 Ross, M. H. Vol. II, 113, 114
 Rotteck, K. v. Vol. I, 172
 Rousseau, J. -J. Vol. I, 128, 129, 134ss., 163, 175, 235, 345; Vol. II, 208, 244, 252, 259ss., 265, 274, 315
 Roux, J. Vol. II, 264
 Royce, J. Vol. I, 140
 Rüsen, J. Vol. II, 153
 Rüthers, B. Vol. I, 119
 Rupp, H. H. Vol. II, 140, 145
 Russel, E. Vol. I, 27
- Sachsse, Ch. Vol. II, 159
 Salgo, R. Vol. II, 211
 Sartre, J. -P. Vol. I, 129; Vol. II, 49, 78
 Savigny, F. C. v. Vol. I, 116, 118, 120, 122, 135; Vol. II, 241, 243
 Scharpf, F. Vol. II, 60, 63
 Schattschneider, D. d. Vol. II, 87
 Scheit, H. Vol. I, 199
 Scheler, M. Vol. I, 18, 315
 Schelling, Th. Vol. II, 66, 71
 Schelsky, H. Vol. I, 192
 Schleiermacher, F. Vol. I, 130
 Schlosser, H. Vol. II, 232
 Schluchter, W. Vol. I, 100; Vol. II, 231
 Schmidt, E. Vol. II, 150, 151
 Schmidt, J. Vol. I, 119

- Schmidt, W. Vol. II, 175
 Schmidt-Assmann, E. Vol. I, 216
 Schmitt, C. Vol. I, 192, 220, 230ss.,
 300-3-2; Vol. II, 175, 207, 257, 267
 Schnädelbach, H. Vol. II, 213
 Schnur, R. Vol. I, 218
 Schüssler-Fiorenza, F. Vol. II, 97
 Schulín, E. Vol. II, 250
 Schulz, W. Vol. II, 210
 Schumpeter, J. A. Vol. II, 60
 Sen, A. Vol. II, 62
 Shuck, P. H. Vol. II, 285
 Shue, H. Vol. I, 153; Vol. II, 300
 Sieyès, E. J. Vol. II, 282
 Simitis, S. Vol. II, 147, 152, 153, 155, 156
 Simon, H. Vol. I, 66
 Slagstad, R. Vol. I, 35
 Smart, C. Vol. II, 167
 Smith, A. Vol. I, 61, 68, 83
 Smith, R. M. Vol. II, 285
 Smith, T. Vol. II, 99
 Starck, Ch. Vol. II, 175
 Staobinski, J. Vol. II, 256
 Steiner, H. J. Vol. II, 128, 133, 143
 Suhr, D. Vol. I, 218
 Summers, R. G. Vol. I, 183, 249, 273;
 Vol. II, 207
 Sunstein, C. R. Vol. I, 313ss., 342, 343,
 353.
 Taylor, Ch. Vol. I, 229, 318, 331; Vol.
 II, 255, 287ss., 313
 Teubner, G. Vol. I, 73, 77-82; Vol. II,
 76, 120, 148, 195, 196, 204
 Thadden, R. v. Vol. II, 252
 Tomás de Aquino. Vol. I, 129
 Thompson, J. B. Vol. II, 112
 Thon, Vol. I, 118
 Tocqueville, Ch. A. H. C. Vol. II, 251,
 260
 Tohidipur, M. Vol. II, 242
 Toulmin, St. Vol. I, 262, 280
 Tourraine, A. Vol. II, 103
 Tribe, L. H. Vol. I, 329, 330
 Trubek, D. M. Vol. I, 265; Vol. II, 150, 174
 Tugendhat, E. Vol. I, 30, 130
 Tuori, K. Vol. II, 157
 Turner, B. S. Vol. I, 108; Vol. II, 295
 Unger, R. M. Vol. I, 265; Vol. II, 227, 231
 Varain, H. J. Vol. I, 224
 Vico, G. B. Vol. I, 69
 Voigt, R. Vol. II, 194
 Vollrath, E. Vol. I, 201
 Walzer, M. Vol. II, 31, 303
 Wassermann, R. Vol. II, 211
 Weber, M. Vol. I, 66, 94-98, 103, 110,
 187; Vol. II, 125, 193ss., 199ss.,
 207, 208, 212, 214, 221, 226, 227,
 230, 231
 Weber, W. Vol. I, 220
 Weinberger, O. Vol. I, 288
 Welcker, K. Th. Vol. I, 172; Vol. II,
 242
 Wellmer, A. Vol. I, 35, 144, 168; Vol.
 II, 272, 320, 323
 Weltz, F. Vol. II, 175
 Wesel, U. Vol. I, 179; Vol. II, 234, 235
 Westbrook, R. B. Vol. I, 214
 Wiecker, F. Vol. I, 241; Vol. II, 124,
 212, 237
 Wiehölder, R. Vol. I, 275; Vol. II, 126,
 150
 Willke, H. Vol. II, 58, 65, 73ss., 79ss.,
 85
 Winch, P. Vol. II, 102
 Winkelmann, J. Vol. I, 98
 Windscheid, B. Vol. I, 117; Vol. II,
 242
 Wingert, L. Vol. I, 14, 55, 147; Vol. II,
 50, 320
 Winzeler, R. Vol. II, 286
 Wittgenstein, L. Vol. I, 251
 Wróblewski, J. Vol. I, 246, 280
 Young, J. Vol. II, 160-161
 Zacher, H. F. Vol. II, 156